

Verdad y pruebas civiles.

¿Es idóneo el ordenamiento probatorio civil colombiano para la determinación de la verdad en el proceso civil?

Investigador:

Luis Felipe Vivares Porras

Asesor:

Orión Vargas Vélez

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

2012

Contenido

1. Título y Subtítulo.	4
2. Planteamiento del problema.	4
3. Objetivos.	15
3.1. Objetivo general.	15
3.2. Objetivos específicos.	15
4. Propósito.	16
5. Marco Teórico.	16
5.1. Consideraciones previas.	16
5.2. La verdad en el proceso jurisdiccional.	20
5.2.1. Panorama conceptual.	21
5.2.2. Garantías de la verdad.	42
5.3. La prueba y su regulación jurídica.	64
5.3.1. La polisemia de la prueba.	64
5.3.2 El ordenamiento jurídico probatorio.	72
5.3.3. El ordenamiento jurídico probatorio y los condicionamientos a la búsqueda de la verdad.	77
5.3.4. El principio de proporcionalidad como límite al ordenamiento jurídico probatorio.	84
5.4. El ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano.	92
5.4.1. Distinciones necesarias: admisibilidad, relevancia, utilidad y conducencia de la prueba.	93

5.4.2. Pruebas de oficio.	100
5.4.3. Carga de la prueba y prescindencia del procedimiento probatorio.	105
5.4.4. Reglas de valoración probatoria.	110
5.4.5. Motivación de la decisión judicial.	116
5.4.6. La declaración de parte.	120
5.4.7. El juramento.	129
5.4.8. La declaración de terceros.	133
5.4.9. El testimonio de referencia.	144
5.4.10. El dictamen pericial.	167
5.4.11 La inspección judicial.	174
5.4.12. El documento.	176
5.4.13. El indicio.	187
5.4.14. Pruebas anticipadas, pruebas trasladadas y pruebas por comisionado.	189
5.4.15. Audiencia en el procedimiento verbal según la Ley 1395 de 2010.	191
6. Resultados.	194
6.1. Exposición.	194
6.2. Discusión.	200
7. Conclusiones.	204
8. Recomendaciones.	207

9. Metodología.	210
9.1. Tipo de estudio.	210
9.2. Diseño del plan de datos.	210
9.2.1. Gestión del dato.	211
9.2.2. Obtención del dato.	211
9.2.3. Recolección del dato.	211
9.2.4 Control de sesgos.	212
9.3. Procesamiento del dato.	212
9.4. Plan de análisis.	212
10. Ética.	215
11. Bibliografía.	215
12. Anexos.	220

1. Título y Subtítulo.

Verdad y pruebas civiles.

¿Es idóneo el ordenamiento probatorio civil colombiano para la determinación de la verdad en el proceso civil?

2. Planteamiento del problema.

El presente trabajo parte de una premisa que se acepta sin dar aún mayores explicaciones al respecto. Sin embargo, en los trabajos preparatorios a este informe final (Anteproyecto y Proyecto de Investigación), así como a lo largo de este escrito, se encuentran las razones que justifican tal aceptación

La premisa es la siguiente: en el proceso jurisdiccional es posible, pero, sobre todo necesario, determinar la verdad de los hechos aseverados por las partes¹.

Teniendo esta proposición como punto de partida (y velando por no olvidarla mientras se continúa avanzando en este texto), el paso siguiente consiste en definir si en un determinado ordenamiento jurídico —por

¹ Son muchos los textos que giran, explícita o implícitamente, alrededor de tal premisa. Al respecto, y sólo a título ejemplificativo, téngase en cuenta las siguientes obras de TARUFFO, Michele: *La prueba de los hechos*. Segunda edición. Madrid: Trotta, 2005, pp. 21 – 87; *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 15 – 35; *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010; “Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos”, en: *Páginas sobre la justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 411 – 425; *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*. Bogotá: Temis, 2008, pp. 1 – 45.; “Consideraciones sobre prueba y verdad”, en: *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Temis, 2006, pp. 253 – 277.

Otros autores que defienden la tesis mencionada son, entre otros (advirtiéndose que si bien están unidos por un común denominador, entre ellos es posible que se presenten diferencias pronunciadas en cuanto a sus doctrinas): FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 2005; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 47 – 123.; FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Quinta edición. Madrid: Trotta, 2001, pp. 117 – 205; PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, 2005, pp. 281 – 286; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en: *Los “hechos” en la sentencia penal*. México: 2005, Fontamara, pp. 41 – 94; MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Undécima edición. Madrid: Reus, 2004, pp. 71 – 79.

ejemplo: el colombiano— el proceso jurisdiccional se encuentra dirigido hacia la averiguación de la verdad de las aseveraciones de los hechos del litigio.

En efecto: es posible que, luego de analizar con detenimiento la regulación que hace el derecho objetivo del fenómeno probatorio en un ordenamiento jurídico específico, se concluya que la misma afecta negativamente la posibilidad de determinar, en forma veraz, los hechos que forman la *quaestio facti* de la decisión jurisdiccional². En este caso, podría compartirse, *mutatis mutandis*, la opinión de Lluís Muñoz Sabaté, y manifestar que el peor enemigo de la constatación de la verdad de los hechos aseverados por las partes, resulta ser el Derecho Probatorio de un ordenamiento jurídico en particular³.

Empero, es posible que un ordenamiento jurídico en particular sí esté dirigido hacia la averiguación de la verdad. La existencia de un *Derecho Probatorio* (de un conjunto de normas jurídicas, unidas por la materia que regulan, destinadas a disciplinar lo que en forma equívoca se denomina *pruebas*) no impide *per se* la determinación de la verdad de los hechos de la litis. Afirmar lo opuesto sería realizar un juicio *a priori* sobre una abstracción (simplemente supuesta para efectos propedéuticos) denominada “Derecho Probatorio”, desconociendo las diferencias culturales, los matices ideológicos, las tendencias idiosincrásicas y demás componentes que individualizan los derechos probatorios —y demás manifestaciones de la juridicidad— de los respectivos Estados de Derecho.

² En relación con la “*quaestio facti*” o *cuestión de hecho* de la decisión, véase a ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. “¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del Derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo”, en: *ibídem*, pp. 16 - 22; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Ibídem*, pp. 73 - 83.

³ La cita exacta del profesor Muñoz Sabaté es la siguiente: “De estas reflexiones surge un importante corolario: cuantas menos trabas formales oponamos a la prueba, más fácilmente nos acercaremos a la verdad de los hechos. Ello pudiera ilustrar el brocado *probationes nun sunt coartandae* a la vez que este apotegma permite constatar una inevitable experiencia: *el peor enemigo de la probática es el derecho probatorio*. No dudo que este apotegma constituye una hipérbole que sólo tiene un alcance historiológico pero no jurídico. Es evidente que la probática necesita del derecho probatorio para no hacer descarrilar el proceso. Pero el apotegma pudiera servir de aviso para evitar ciertos abusos hiperformalistas e hipergarantistas”; MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Introducción a la probática*. Barcelona: Bosch, 2007, p. 20.

Aceptado lo anterior, es posible contradecir al profesor Muñoz Sabaté, contrafirmado que, en relación con un ordenamiento jurídico específico, el llamado Derecho Probatorio no resulta ser, necesariamente, *enemigo* de la dimensión epistémica del proceso jurisdiccional⁴. Repárese, al respecto, las siguientes palabras del profesor Michele Taruffo:

En resumen: la regulación legal del proceso y de las pruebas no es de por sí un obstáculo para que se determine la verdad de los hechos en el proceso, supuesto que se trata inevitablemente de una verdad relativa y ligada al contexto en el que es establecida. Qué tipo de verdad es establecida en el proceso, en qué medida resulta aceptable y su proximidad o lejanía de la verdad que puede establecerse en otros contextos cognoscitivos, es un problema que sólo puede tener soluciones concretas y específicas en función de la naturaleza, de la amplitud y de la incidencia de los límites que imponen las normas de un determinado ordenamiento a la búsqueda de una versión verdadera de los hechos. En consecuencia, puede suceder que las normas de un ordenamiento procesal operen en el sentido de precluir absolutamente o en gran medida el descubrimiento de una verdad aceptable según criterios epistemológicos válidos en un contexto más amplio, del mismo modo que puede suceder que esa preclusión no derive de las normas destinadas al efecto sino de ideas, ideologías o prejuicios que también <<entran en el contexto>> y condicionan el resultado del proceso. Sin embargo, puede también darse la hipótesis contraria, es decir, que a pesar de la presencia de normas, o incluso gracias a ellas, el proceso se oriente hacia el descubrimiento de una verdad aceptable en la medida en que se funde en criterios racionales y controlables. También éste, si se quiere, es un elemento del contexto en el que se plantea el problema de la verdad procesal: no obstante, se trata de un fenómeno distinto y mejor⁵.

Pues bien: lo que este trabajo busca no es otra cosa que analizar en concreto un orden jurídico probatorio, averiguando si el mismo resulta idóneo para la determinación de la verdad de los hechos litigiosos dentro del proceso o si, por el contrario, no es conducente para tal fin. Dentro del inmenso repertorio de órdenes normativos propicios para ejecutar tal análisis, se ha escogido el ordenamiento jurídico probatorio colombiano, ya que es el ordenamiento que estudia, vive y (a veces) sufre el autor del presente informe.

Empero, la problemática escogida aún se muestra imprecisa, siendo menester, por consiguiente, precisarla. Para tal efecto —y sin perjuicio de lo que más adelante, en el capítulo referido al Marco Teórico, se diga al respecto—, se perfila como una necesidad la concreción conceptual de

⁴ En relación con la “dimensión epistémica del proceso”, consúltese a TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Obra citada, pp. 155 – 218.

⁵ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*. Obra citada, pp. 79 – 80.

algunos de sus elementos, comenzando por la expresión *ordenamiento jurídico probatorio*. Ésta es una expresión compleja, configurada por varias partes, las cuales, de manera separada, gozan también de sentido. Por tal motivo, se mirarán tales partes *analíticamente*, para luego exponer un entendimiento *sintético* de las mismas.

En primer término, se tiene la expresión *ordenamiento*, la cual denota un *conjunto* de normas jurídicas. En este caso, la expresión conjunto no alude a un simple amontonamiento de objetos: apunta una reunión organizada de elementos, los cuales se encuentran conectados entre sí.

Al respecto, resulta conveniente recordar las siguientes palabras de Norberto Bobbio:

La teoría de la norma jurídica y la teoría del ordenamiento jurídico forman una completa teoría del derecho, principalmente desde el punto de vista formal. Bajo el primer título se estudia la norma jurídica, considerada de manera aislada; la materia del segundo título es el conjunto, complejo o sistema de normas, que constituyen un ordenamiento jurídico.

La necesidad de la investigación en este campo surge de la comprobación de que en la realidad las normas jurídicas no existen nunca solas, sino siempre en un contexto de normas, que tienen entre sí relaciones particulares (...) este contexto de normas se suele denominar “ordenamiento”. Y es bueno observar desde el principio que la palabra “derecho” tiene, entre sus muchos significados, también el de “ordenamiento jurídico”, por ejemplo, en la expresión “derecho romano”, “derecho italiano”, “derecho canónico”, etc.⁶.

Igualmente útiles son las siguientes palabras de Hans Kelsen:

El derecho es un orden de la conducta humana. Un “orden” es un conjunto de normas. El derecho no es, como a veces se dice, una norma. Es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho⁷.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Segunda edición. Bogotá: Temis, 1999, 141.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. Quinta reimpresión de la segunda edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 3.

La nota descollante de este conjunto de normas jurídicas es que las mismas, vistas en su totalidad, forman un *sistema*. Se está en presencia de un sistema jurídico —dicen, entre muchos otros, Enrique R. Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo— si las normas se encuentran en una “relación lógica especial”, en virtud de la cual unas de las normas pertenecientes al sistema se fundan o derivan de otras pertenecientes al mismo conjunto normativo⁸.

En este punto, parece interesante (a más de exhortativa de muchas reflexiones) la opinión crítica de Giovanni Tarello, quien luego de enlistar las maneras en que se suele hablar del Derecho como sistema, expresa lo siguiente:

Como es evidente de esta lista (incompleta) de los modos en que se habla de derecho como *sistema* (más bien que como conjunto de normas) en todo caso se trata de la adopción de un particular punto de vista para mirar al derecho; y los significados que va asumiendo cada vez la palabra *sistema* consisten en conexiones entre normas que son generalmente instituidas por quien mira al derecho en uno de aquellos modos particulares. En otras palabras, el carácter de ser de sistema no es un rasgo del conjunto de las normas de un derecho, sino que es más bien un carácter del modo de ver adoptado por quien examina el conjunto de normas de un derecho⁹.

También en línea crítica, pero desde puntos conceptuales distintos, es la opinión del profesor español Juan Ramón Capella, según la cual:

Tras el entendimiento de los cuerpos u ordenamientos jurídicos como *sistema* (esto es: no sólo conjunta más o menos ordenado e interrelacionado de normas, sino además coherente y acabado) se esconde la pretensión ideológica de representarse el derecho como un artefacto normativo que tiene una respuesta *previsible* para todos los conflictos posibles e imaginables. Eso, en realidad, es una versión nueva de la pretensión de regularlo todo para realizar la aspiración burguesa a la seguridad *jurídica*. Este tipo de representación intelectual del derecho tiene la pésima consecuencia cognitiva de empequeñecer hasta límites inverosímiles el alcance del momento hermenéutico, de interpretación institucional de las normas jurídica y de reconstrucción <<autoritaria>> de los hechos¹⁰.

⁸ AFTALIÓN, Enrique E.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. *Introducción al Derecho*. Cuarta edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, pp. 453 y ss.

⁹ TARELLO, Giovanni. “Organización jurídica y sociedad moderna”, en: *Cultura jurídica y política del derecho*. Granada: Comares, 2002, p. 182.

¹⁰ CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*. Segunda edición. Madrid: Trotta, 2002, p. 107.

Con todo, sea una propiedad intrínseca de un conjunto de normas, una opción hermenéutica del intérprete en relación con tal conjunto o una manifestación ideológica de la elite burguesa de un Estado, la verdad es que el Derecho, visto como conjunto de normas, se ha entendido tradicionalmente como un ordenamiento jurídico sistemático.

Esta manera de entender al Derecho como un conjunto es aplicable a cada una de las parcelas en las que se suelen agrupar las normas que conforman al sistema u ordenamiento jurídico. Así es, porque las agrupaciones de normas, vinculadas en razón de las materias u objetos regulados por ellas mismas, gozan del atributo esencial de los ordenamientos jurídicos, a saber: la dependencia predicable de unas normas en relación con otras en cuanto a su génesis.

De allí que, además de poderse hablar de un ordenamiento jurídico representativo de todas las normas que conforman el derecho objetivo de un Estado, es posible dividir tal ordenamiento jurídico en *pequeños* ordenamientos (*pequeños subconjuntos*), atendiendo—se itera— a las parcelas o, para usar una expresión más habitual, a las *ramas* en las que se fragmenta tal derecho objetivo. Uno de esos *pequeños ordenamientos* (o *sub-ordenamientos*) respecto del ordenamiento jurídico *matriz*, es el ordenamiento jurídico probatorio.

Este ordenamiento está formado por todas las normas que regulan las pruebas; pero... ¿Qué son las pruebas? Considerando que esta cuestión es una de las variables del problema que ahora se plantea, pues no es posible determinar si el proceso jurisdiccional de un sistema jurídico específico está o no dirigido hacia la averiguación de la verdad de los hechos, si antes no se define lo que, en tal ordenamiento, se entiende por pruebas (toda vez que, como lo recuerda Taruffo¹¹, ingénita a las concepciones de la prueba, es la idea de que éstas sirven para encontrar la verdad dentro del proceso), en este estado de la exposición sólo puede trazarse el derrotero que se seguirá más adelante, dándose una definición preliminar del concepto.

Una vez más sin perjuicio de lo que se dirá más adelante en este mismo escrito (véase el capítulo relativo al Marco Teórico), es posible comenzar a indicar que la expresión prueba suele estar asociada a cuatro fenómenos

¹¹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Obra citada, p. 21 y ss.

distintos: primero, a los actos de *verificación* de los hechos ejecutados por el juez del proceso en el que los mismos se ventilan (así, el enunciado “el juez prueba” es equivalente al enunciado “el juez verifica”). Segundo, la palabra prueba se usa como expresión elíptica de *fuerza de prueba*, como punto de partida de los actos de verificación efectuados por el juez. Tercero, considérese el concepto de *medio de prueba* —los hombres (como los testigos) y las cosas (como los documentos), que transmiten al juez fuentes de prueba—, el cual, también en forma elíptica, es identificado con la *prueba*. Finalmente, a la *prueba* se suele coligar el conjunto de actividades, realizadas en el marco de un proceso, mediante las cuales los medios de prueba son exhibidos al juez y estudiados por este, extrayendo de ellos las fuentes de prueba de las cuales partirá para verificar los hechos aseverados por las partes. En una palabra: la expresión prueba se usa como sinónimo del concepto de procedimiento probatorio¹².

En este punto, el problema propuesto para esta investigación puede ser planteado así: partiendo de la tesis según la cual en un proceso jurisdiccional es posible y necesario determinar la verdad de las aseveraciones de las partes, se proyecta considerar el ordenamiento probatorio colombiano (el conjunto de normas jurídicas, interconectadas entre sí hasta el punto de formar un *sistema*) reguladoras de la prueba (sea que ésta se entienda como actividad verificadora de aseveraciones de parte realizada por el juez, elemento de juicio obtenido en el proceso por el juez

¹² Los significados de la expresión *prueba* indicados en este párrafo son fruto del estudio y experiencia del autor de este proyecto en su calidad de docente de Derecho Procesal y Probatorio en la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín - Colombia), en un periodo que comprende el año 2007 hasta la actualidad. Para la elaboración de estas ideas (las cuales serán objeto de profundización en el Marco Teórico pero, principalmente, en la ejecución misma de la investigación) el autor ha estudiado varios libros, algunos de los cuales son los siguientes: TARUFFO, Michele: *La prueba de los hechos*. Segunda edición. Madrid: Trotta, 2005; *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008; *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010; *Páginas sobre la justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009; *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*. Bogotá: Temis, 2008; *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Temis, 2006; CARNELUTTI, Francesco: *La Prueba Civil*. Segunda edición. Buenos Aires: Depalma, 2000; *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomos I y II. Buenos Aires: UTHERA, 1993; *Lecciones sobre el proceso penal*. Volúmenes I y II. Buenos Aires: EJE, 1950; *Derecho y Proceso*. Buenos Aires: EJE, 1971; *Principios del Proceso Penal*. Buenos Aires: EJE, 1971; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 2004; DAMASKA, Mirjan; *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven and London: Yale University, 1986; *Evidence Law Adrift*, New Haven and London: Yale University Press, 1997.

para efectos de la verificación mencionada, instrumento comunicador de tales elementos de juicio o actividad integral referida a la susodicha obtención de elementos para la decisión), para determinar si dicho ordenamiento satisface la necesidad de búsqueda de la verdad inherente al proceso jurisdiccional

Ahora bien: este estudio se ha circunscrito a las normas jurídicas que regulan las pruebas en relación exclusiva con el proceso cuyos procedimientos se encuentran descritos en el Código de Procedimiento Civil colombiano. De allí que los llamados (no sin imprecisión) procesos laborales, administrativos, constitucionales, etcétera, así como el denominado proceso penal, no serán tomados en cuenta dentro de la presente investigación. Se ha ejecutado una investigación de alcances cortos, garantizándose así la precisión, la integridad y la celeridad de sus resultados. Por tanto, el objeto de estudio por cuyo dintorno ha discurrido el autor de estas páginas no es otro que ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano.

Debe advertirse, asimismo, que el problema planteado surge como consecuencia de la identificación de un vacío conceptual que descansa en el ámbito de la teoría colombiana del Derecho Procesal y del Derecho Probatorio. En caso de lograrse los objetivos que más adelante se formularán, esta investigación constituirá un paso más —ojalá propiciatorio de mayores empresas académicas— en esa dura tarea, iniciada ya por otros¹³, de ponerle fin al mencionado vacío conceptual.

¿Cuál vacío? Pues el referido a las relaciones concretas entre prueba y verdad respecto de nuestro ordenamiento jurídico. Tómese, al azar, diversos textos de teoría general de la prueba originados en el contexto colombiano y se advertirá que, por múltiples razones, en ninguno de ellos existe un tratamiento profundo de este problema.

Por ejemplo, dentro de la abultada (pero no siempre profunda) obra de Hernando Devis Echandía, se encuentra un texto conocidísimo sobre la materia, intitulado *Teoría General de la Prueba Judicial*¹⁴. En este libro no

¹³ Véase *infra* notas a pie con números 21, 22, 23 y 24. .

¹⁴ La versión de este libro que se utiliza en este anteproyecto es la siguiente: DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Quinta edición. Bogotá: Temis, 2002.

hay ningún tratamiento serio relativo a los problemas que aparecen en relación con el binomio prueba-verdad ni, mucho menos, existe un análisis de la aptitud del derecho positivo colombiano (ni ningún otro ordenamiento jurídico particular) para propiciar decisiones jurisdiccionales basadas en hechos verdaderos. La razón fundamental de lo anterior radica en que para Devis Echandía la prueba judicial no tiene el fin de establecer la verdad de los hechos del litigio. En efecto, en la parte de su exposición relativa al problema del *fin de la prueba*, especialmente al presentar la teoría que asigna a la prueba el fin de establecer la verdad, manifiesta que:

Esta teoría es inaceptable porque el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad, a pesar de llevarle al juez el convencimiento necesario para fallar¹⁵.

Es claro que a este autor le cuesta trabajo distinguir entre una *prescripción* y una *descripción* y, por lo mismo, no advierte la diferencia entre el *fin* de la actividad probatoria y la *realidad* (a veces patológica) de la misma. En todo caso, es clara la posición de este autor en relación con el problema de la verdad dentro del proceso y, por tanto, se entiende la ausencia de reflexiones en torno a la verdad y su relación con el sistema jurídico colombiano.

Considérese, en segundo lugar, la obra de Hernán Fabio López Blanco, especialmente su texto referido, de manera exclusiva, al problema de la prueba¹⁶. Si se revisa este libro, se advertirá que no existe ninguna referencia expresa a las relaciones entre verdad, proceso y prueba. Si se pasa de la revisión al estudio del mismo, se notará que el tratamiento que de este tema hace el autor el mínimo pero, a la vez, sumamente contradictorio en los apartados en los que se atreve a mencionar el concepto de verdad. Al respecto, repárese en la siguiente transcripción:

Desde el punto de vista estrictamente procesal la prueba tiene como finalidad llevar certeza al funcionario judicial, usualmente el juez, acerca de los hechos base de las solicitudes pertinentes, llámese pretensiones, excepciones perentorias o cualquier otra; en otras palabras, se persigue con ella convencerlo de la ocurrencia de determinadas circunstancias de hecho que se supone son verdaderas.

¹⁵ Ibídem, p. 228.

¹⁶ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Bogotá: Dupré Editores, 2001.

Y es que no puede perderse de vista que normalmente esa certeza coincide con la verdad, pero no necesariamente así tiene que suceder por cuanto bien puede acontecer que se tenga una certeza errónea si ella no corresponde con la verdad¹⁷.

Dejando de lado la confusión de conceptos en relación con la *convicción*, la *certeza* y la *verdad* que rezuma el texto reproducido¹⁸, es evidente que para este autor el problema de la verdad es de orden secundario y, por lo mismo, se entiende la ausencia de cualquier análisis en su obra relativo a la adecuación de las normas de Derecho Probatorio colombianas en tratándose de la confirmación de la verdad de las aseveraciones de las partes.

Carlos Betancur Jaramillo, abogado de vasta experiencia profesional, quien fue magistrado durante 12 años en el Tribunal Administrativo de Antioquia y por 21 años estuvo en la Sala Tercera de Responsabilidad Contractual y Extracontractual del Estado del Consejo de Estado, también ha entrado en la escena de la teoría general de la prueba, produciendo una breve monografía relativa al problema probatorio¹⁹. Al igual que los autores anteriores, niega *a priori* la posibilidad de alcanzar la verdad dentro del proceso jurisdiccional civil, pretermitiéndose, por consiguiente, cualquier consideración en torno a la facultad de un determinado ordenamiento jurídico —en especial el colombiano— para el establecimiento de la verdad de los hechos del litigio. Al respecto, reflexiónese sobre lo siguiente:

La tesis del fin de la prueba como constatación de la verdad de los hechos ha sido abandonada por la moderna doctrina probatoria. Entre otras razones por cuanto de ser esa verdad el fin de la prueba en infinidad de procesos no podría lograrse ésta a pesar de que el juez hubiese fallado convencido por ella.

No puede olvidarse a este respecto lo que se dijo inicialmente de que la verdad es una noción objetiva y que el conocimiento que puede tener de ella el juez es meramente subjetivo. Por ese motivo, siempre que gracias a la prueba adecuada y regularmente producida se dicte sentencia, aquella ha cumplido su cometido, sea que el convencimiento logrado se ajuste a la realidad, en cuyo caso coincide con la verdad, o que se encuentre en desacuerdo con ella y por ende, encierre un error. Se

¹⁷ Ibídem, p. 43.

¹⁸ Para una sucinta distinción de estos conceptos, cf. TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Obra citada, pp. 102 y ss.

¹⁹ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *De la prueba judicial. Aspectos generales*. Medellín: Universidad de Antioquia, 1974.

trata. En definitiva, de la justicia humana sujeta a las vacilaciones, debilidades, limitaciones y errores del juez facultado por la ley para administrarla²⁰.

Estos autores muestran un enorme desinterés por el problema de la verdad y su relación con las pruebas. No es el caso de Jairo Parra Quijano, cuyas obras destilan un afán por reivindicar el valor de la verdad dentro del proceso civil. Prueba de ello es este simple párrafo que se transcribe:

Toda actuación judicial, sin ningún tipo de distingo, debe buscar la verdad de los hechos, para sobre ellos hacer descender el ordenamiento jurídico. Cuando no se reconstruyen los hechos como realmente ocurrieron estamos juzgando otro asunto²¹.

No obstante, el libro que se cita de Parra Quijano no está dirigido, propiamente, a evaluar la idoneidad del ordenamiento probatorio civil en relación con la finalidad que él mismo le reconoce. Al ser un manual, este libro se reduce a exponer el problema probatorio a la luz de la teoría general de la prueba y el derecho positivo colombiano. Por lo que puede colegirse que si bien con este autor el problema de la verdad aparece por fin en el escenario teórico-probatorio colombiano, lo hace aún en forma tímida, faltando por establecer si esa verdad que se califica en términos tan elogiosos, es obtenible con los instrumentos jurídicos con los que se cuentan.

En otra monografía²², dedicada especialmente al problema de la prueba de oficio, el profesor Parra Quijano hace una recia defensa de esta institución, por considerarla orientada hacia la búsqueda de la verdad dentro de un proceso jurisdiccional²³. Propósito análogo se ve reflejado en reciente libro de la profesora Diana María Ramírez Carvajal²⁴. Empero, si bien los trabajos académicos indicados son ejemplos doctrinales en los que se analiza el problema de la verdad a la luz de un ordenamiento jurídico en particular —

²⁰ *Ibídem*, pp. 120 – 121.

²¹ PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Decimosexta edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2007, p. 159.

²² PARRA QUIJANO, Jairo. *Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio*. Bogotá: Temis, 2004.

²³ Cf. *Ibídem*, p. 1.

²⁴ RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

el colombiano²⁵—, ambos quedan cortos relación con el problema aquí planteado: la posibilidad concreta de que el ordenamiento jurídico colombiano no sea un obstáculo para el establecimiento de la verdad en el proceso jurisdiccional. En definitiva: si bien estos autores han hecho el esfuerzo de analizar aspectos concretos de la ordenación probatoria colombiana, aún queda mucho trabajo por emprender.

Pues bien: con esta investigación se buscó continuar con el trabajo ya iniciado por autores como los antedichos. Avanzó en tal empresa, analizando las normas del derecho objetivo colombiano disciplinantes de la actividad probatoria que se desarrolla en el seno del proceso civil, con el ánimo de definir si éstas conducen o no hacia la verdad de los hechos del litigio. Como se verá más adelante, con la realización de esta tarea el panorama de la Teoría General de la Prueba es ahora más claro, pues se ha llegado a una conclusión (perfectamente revisable, claro está) en tratándose del ordenamiento particular que se ha escogido y relacionada con aquella teoría que indica que es posible y necesario establecer la verdad en el proceso jurisdiccional²⁶.

3. Objetivos.

3.1. Objetivo general.

Establecer si el ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano es idóneo o inidóneo para la determinación de la verdad de las aseveraciones que hacen las partes en relación con los hechos del litigio sometido a enjuiciamiento jurisdiccional.

3.2. Objetivos específicos.

²⁵ Tanto en las obras citadas de Parra Quijano como en el libro de Ramírez Carvajal, hay sendas referencias jurisprudenciales relativas, directa e indirectamente, al problema de la verdad en el proceso. Sin embargo, de la lectura de estos textos puede advertirse que ninguno de estos autores ha pretendido que sus obras sean analizadas exclusivamente desde la óptica del derecho positivo colombiano, de allí que las referencias jurisprudenciales mencionadas cumplan una función más ilustrativa que justificativa del *statu quo*.

²⁶ Se reitera que para efectos de esta investigación se ha partido de la tesis, propia pero no exclusiva de la teoría general de la prueba, según la cual en el proceso jurisdiccional es posible y necesaria la averiguación de la verdad de las aseveraciones que hacen las partes obre los hechos del litigio que los enfrenta. Al respecto, cf. la nota el pie número 1.

- Exponer la teoría que establece la posibilidad y la necesidad del establecimiento de la verdad de las aseveraciones relativas a los hechos del litigio, formuladas por las partes con ocasión de un proceso civil.
- Identificar, en el seno del ordenamiento jurídico colombiano, el problema de la averiguación de la verdad en relación con las aseveraciones de las partes dentro de un proceso.
- Construir un concepto de prueba vinculado con la posibilidad y necesidad del establecimiento de la verdad de las aseveraciones relativas a los hechos del litigio, formuladas por las partes con ocasión de un proceso civil.
- Reconocer las normas jurídicas conformadoras del ordenamiento jurídico probatorio colombiano, de conformidad con el concepto de prueba construido.
- Identificar las condiciones generales y necesarias bajo las cuales es posible determinar la idoneidad de un ordenamiento probatorio específico en relación con la búsqueda de la verdad dentro del proceso.
- Comparar las normas jurídicas conformadoras del ordenamiento jurídico probatorio colombiano, con las condiciones generales y necesarias bajo las cuales es posible determinar la idoneidad de un ordenamiento probatorio específico en relación con la búsqueda de la verdad dentro del proceso.

4. Propósito.

La presente investigación, dirigida establecer si el ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano es idóneo o no para la averiguación de la verdad en relación con las aseveraciones que las partes hacen en el proceso civil, se propone impactar en el campo teórico, llenando (aunque sea parcialmente) un vacío conceptual común en la teoría general de la prueba nacional, a saber: la falta de interés en los problemas que genera el binomio verdad-prueba; así como impactar en el campo normativo, sea para manifestar la necesidad de implementar correctivos a las normas por no ser éstas conducentes hacia el establecimiento de la verdad (en caso de verificarse la inidoneidad de las normas probatorias civiles para la averiguación de la verdad), sea para utilizar el ordenamiento jurídico probatorio como punto de referencia con otras normatividades probatorias que no permiten el descubrimiento de la verdad dentro del proceso (en

caso de verificarse la idoneidad del sistema probatorio civil colombiano en relación con ese objetivo).

RESUMEN.

Título del trabajo:	Verdad y pruebas civiles. ¿Es idóneo el ordenamiento probatorio civil colombiano para la determinación de la verdad en el proceso civil?
Autor:	Luis Felipe Vivares Porras.
Título otorgado:	Maestría en Derecho Procesal.
Asesor del Trabajo:	Orión Vargas Vélez.
Programa:	Maestría en Derecho Procesal.
Ciudad:	Medellín.
Año:	2012
Palabras claves:	Pruebas civiles – Verdad – Proceso Jurisdiccional –

Síntesis:

El autor del presente trabajo se propuso determinar si las normas reguladoras de la actividad probatoria desplegada en los procesos civiles son idóneas para la averiguación de la verdad.

En efecto: aceptando la premisa que indica la *posibilidad y necesidad* de establecer la verdad de las aserciones fácticas emitidas por las partes de un proceso, el paso siguiente es determinar si un determinado derecho probatorio positivo permite o dificulta la averiguación de tal verdad.

Para tal efecto, se expuso la teoría que establece la posibilidad y la necesidad del establecimiento de la verdad en el proceso civil. Luego, se identificó, en el seno del ordenamiento jurídico colombiano, el problema de la verdad. Posteriormente, se procedió a construir un concepto de prueba vinculado con el problema de la verdad, además de reconocer las normas conformadoras del ordenamiento probatorio colombiano, de conformidad con el concepto de prueba construido. Finalmente, fueron identificadas las condiciones bajo las cuales es posible determinar la idoneidad de un ordenamiento específico en relación con la búsqueda de la verdad dentro del proceso, comparando ulteriormente las normas jurídicas probatorias con las antedichas condiciones.

5. Marco Teórico.

5.1. Consideraciones previas.

Del problema planteado se extrae una pregunta que, expresada en términos palmarios, dice lo siguiente: ¿Es idóneo el ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano para el establecimiento de la verdad en el campo del proceso jurisdiccional?

Es ella, sin duda alguna, una pregunta *complicada*, esto es: de espinosa comprensión, pues hace un uso explícito (pero también implícito) de conceptos que son por igual vagos y ambiguos, tanto si se toma como punto de referencia el lenguaje común (siendo un ejemplo de esto la expresión *idóneo*), como si se parte del reducido contexto del lenguaje jurídico (verbigracia: *ordenamiento jurídico*, *prueba*, *proceso jurisdiccional*, etcétera).

Además de compleja, la pregunta es *difícil* en el entendido de que su solución no es evidente, no se accede a ella con simplicidad, no está *allí* a la espera de quienquiera que desee asirla. Por el contrario, su solución pareciera querer permanecer encubierta, razón por la cual sólo se alcanza luego de desplegar grandes esfuerzos pesquisantes (siendo esta investigación una muestra de tales esfuerzos). Pero también es una pregunta difícil por otro motivo: en relación con ella no es posible dar una respuesta *fácil*, esto es: una que convenza por igual a los miembros de la comunidad académica porque en ella refulja el brillo de la obvedad. Las respuestas que son posibles dar a este problema (entre las que se encuentran las dadas en este trabajo) son respuestas que distan mucho de ser sencillas; todo lo contrario: son ellas verdaderos problemas, que a su vez requieren pasar por el filtro de la crítica científico-jurídica antes de ser admitidas como verdaderas teorías componedoras del problema delineado páginas atrás.

Para entender el sentido y el alcance de la pregunta en mención, quizá sea mejor comenzar por distinguir cada una de sus regiones conceptuales, o como serán llamadas de ahora en adelante: sus *variables*. Éstas, en opinión de quien escribe, se encuentran también plasmadas en la descripción que hacía Cernelutti de la actividad jurisdiccional y que a continuación se transcribe:

El orden jurídico resuelve conflictos de intereses con normas generales, que subordinan unas a otras determinadas categorías de intereses, imponiendo a los portadores de los intereses subordinados determinada conducta a favor de los portadores de los intereses prevalecientes. Cuando para el arreglo efectivo de los conflictos no baste la coacción moral derivante de la existencia de las propias normas, hará falta proceder a la *realización* de éstas, transformando su mandato abstracto en concreto, tan sólo para utilizar a los efectos de dicho arreglo la coacción moral más enérgica ocasiona por la *especificación* del mandato, o también para garantizar (para preparar o para comprobar), mediante esta especificación, el justo empleo de la coacción material encaminada a conseguir la subordinación prescrita del interés inferior al interés prevaleciente. Esta transformación se prepara a través de una serie de actos que constituyen el *proceso judicial* (de *conocimiento*) y se agota mediante la *sentencia*. La sentencia realiza el proceso de transformación de la norma jurídica del mandato abstracto en mandato concreto; mediante la sentencia, el mandato toma cuerpo, se *individualiza* y se *define*.

Toda norma jurídica representa un mandato hipotético; supone determinada situación (precisamente determinado conflicto de intereses) y *manda* respecto de ella. Para individualizar, hace falta *comprobar* una situación idéntica a la situación *supuesta* y mandar de idéntico modo respecto de ella; el mandato *hipotético* se convierte así en mandato *real*. La comprobación de la identidad (o de la diferencia) de la situación *supuesta* por la norma y de la situación *supuesta* por en el pleito (“causa”) es el *fin del proceso* y el *objeto del juicio*.

De ahí que la estructura de la sentencia se explique mediante la conocida forma lógica de un silogismo, cuya premisa mayor está constituida por la afirmación de la *situación supuesta por la norma jurídica*; cuya premisa menor lo está por la afirmación de la *situación supuesta en el pleito*, y cuya conclusión lo está por la afirmación o la negación de la *aplicación de la norma jurídica a la situación supuesta en el pleito* (a base de la comprobada *identidad o diferencia de la situación supuesta por la norma y la situación supuesta en el pleito*).

A la duplicidad de las premisas corresponde el doble tema de la actividad del juez: *posición de la norma jurídica* y *posición de la situación de hecho*; o como se dice en el lenguaje corriente: *cuestión de derecho* (*Rechtsfrage*) y *cuestión de hecho* (*Thatfrage*)¹.

Esta larga cita del procesalista italiano (no libre de críticas y extraída de un libro cuyo contenido consideró superado el mismo autor años más tarde²)

¹ CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil*. Segunda edición. Buenos Aires: Depalma, 2000, pp. 3 - 4.

² En la introducción a la segunda edición italiana de *La Prueba Civil*, Carnelutti manifestó lo siguiente: “Fue AUGENTI quien me propuso la reimpresión de este viejo libro, del que escasean los ejemplares. Le respondí, como es natural, que en la actualidad lo considero superado bajo cualquier aspecto; no expresaba ya mi pensamiento, y para que lo

es útil para ubicar conceptualmente el análisis que se propone: en el contexto de un proceso, el juez debe individualizar una norma (o un conjunto de ellas) en relación con un hecho concreto (o un conjunto de ellos). Para tal efecto, ha de verificar si las descripciones fácticas que hacen las partes dentro del proceso —los llamados “hechos”—, relativas al conflicto de intereses que en la vida real (en la vida que ocurre fuera del proceso) las enfrenta, se corresponden con el supuesto de hecho de cualquiera de las normas contenidas en el catálogo normativo denominado “ordenamiento jurídico”.

Ahora bien: ¿Lo que Carnelutti llama “posición de la situación de hecho” y corrientemente se conoce con la expresión “cuestión de hecho” (*quaestio facti*), implicará una investigación en torno a la verdad de un hecho en concreto o, por el contrario, significará una actividad ajena a tal verdad?³ Aparece en este interrogante aquélla que podría llamarse la *primera variable* del problema del que se ocupa esta investigación: la *verdad*, o en términos más precisos, el binomio *verdad-derecho*. Es poco lo que debe decirse en este apartado introductorio acerca de esta variante; se advierte, sin embargo, que de la lectura del planteamiento del problema es posible concluir que en el presente trabajo se ha asumido la postura según la cual la “fijación de la cuestión de hecho” (expresión análoga a las anteriores) es una actividad orden epistemológico (esto es: dirigida al conocimiento del hecho) en la que es imposible desembarazarse de la verdad. Como esta actividad epistemológica se analizará únicamente a la luz de la experiencia jurisdiccional, tomando al proceso como eje central de la misma, es conveniente reducir el espectro de la variable, afinando el segundo término del binomio antedicho modificándolo por la expresión *proceso jurisdiccional*. Así, se concluye que una primera variante del problema a resolver se concentra en las relaciones que, en el campo del Derecho, se presentan entre la idea de la *verdad* y el *proceso jurisdiccional*.

Nótese, por otro lado, que la llamada *quaestio facti* desemboca en el concepto de *prueba*. Quizá sea más apropiado hablar de “conceptos de prueba”, puesto que, como se advertirá más adelante, la *prueba* alude a

expresase, habría de escribirlo de nuevo”; CF. CARNELUTTI, Francesco. *La Prueba Civil*. Segunda edición. Buenos Aires: Depalma, 2000, pp. XIII.

³ La pregunta que se lanza no inquieres específicamente sobre las ideas que al respecto tiene Carnelutti. Se ha utilizado la expresión carneluttiana (así como la cita antes referenciada) sólo porque el autor del presente proyecto considera que las mismas son de alto valor propedéutico.

varias entidades distintas, aún en el estrecho contexto del Derecho. Esta peculiaridad de la prueba pone de manifiesto una segunda variable que puede expresarse en forma de pregunta: *¿Qué es la prueba?*

Con todo, debe considerarse que para efectos de la presente investigación sólo interesa la prueba en relación con el Derecho (entre otros motivos, porque es una investigación proyectada con ocasión de una maestría en Derecho Procesal). Resulta útil, al respecto, traer a colación nuevamente el pensamiento del procesalista Francesco Carnelutti, quien dice lo siguiente:

Siendo la prueba una operación de la cual depende en gran parte el costo y el rendimiento del proceso, se comprende que no queda abandonada a la libre actividad de los hombres que participan en ella, sino, al contrario, que el derecho tienda a regularla a fin de garantizar, del mejor modo posible, sus resultados⁴.

Esta regulación que hace el Derecho de las pruebas se conoce con el nombre de “Derecho Probatorio”; expresión que alude a una multiplicidad de normas que, vistas en su totalidad y considerando las relaciones internas que se forman entre ellas, constituyen un sistema u *ordenamiento*. Si bien el concepto de ordenamiento ha sido tratado al plantear al problema, es necesario precisar aún más el dintorno del concepto y delimitar con mayor claridad sus contornos.

Finalmente, se ha advertido al plantear el problema que sólo interesa analizar la idoneidad del ordenamiento para el establecimiento de la verdad en el marco del proceso civil. Esto nos obliga a definir, aun de manera superficial y provisional, el concepto de proceso civil.

Se tienen, entonces, cuatro variables conceptuales (la verdad en el marco del proceso jurisdiccional, el concepto de prueba, la idea de ordenamiento jurídico y la definición del proceso civil) en rededor de las cuales ha girado esta investigación, siendo imprescindible detenerse en cada una de ellas, siguiendo la línea argumentativa que proponen, alcanzando así una correcta comprensión de las conclusiones a las que se ha arribado.

En los trabajos preparatorios a este informe final (Anteproyecto y Proyecto de Investigación) estas variables fueron tratadas de manera independiente, sintetizadas posteriormente al momento de presentar las conclusiones previas a las que en aquellas oportunidades se arribó. Siendo la presente

⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo II, obra citada*, p. 448.

investigación un trabajo cuyo desarrollo ha sido gradual, transitándose de etapa en etapa, no pareciere razonable desconocer los avances anteriores y, por lo mismo, sería del todo redundante volver a estudiar esta vez, por separado, las variantes de las que hay que ocuparse. Por ende, se ha optado por presentar una argumentación continua, en la que en su flujo vaya a la par el tratamiento de las variantes en mención (acudiendo, se entiende, a los trabajos preparatorios ya comentados), junto con el desarrollo específico del problema objeto de investigación.

Así las cosas, se iniciará introduciendo al lector en el aspecto teórico más importante de este trabajo: la naturaleza de las relaciones entre la verdad y el proceso jurisdiccional, haciendo énfasis en la postura teórica que establece la posibilidad y la necesidad del establecimiento de la verdad de las aseveraciones relativas a los hechos del litigio, formuladas por las partes con ocasión de un proceso civil (explicando, por demás, porqué se enfatiza en esta postura). Posteriormente, si identificarán las condiciones teóricas bajo las cuales es posible determinar la verdad de un enunciado fáctico en el marco de un proceso jurisdiccional, pasando luego a verificar si tales condiciones son cumplidas (y si es así, en qué medida) por el ordenamiento jurídico probatorio colombiano, no sin antes concretar que se entiende por el mismo a la luz del derecho positivo colombiano (que es, al final de cuentas, el que interesa para efectos de esta empresa investigativa).

5.2. La verdad en el proceso jurisdiccional.

5.2.1. Panorama conceptual.

En este apartado, corresponde analizar las relaciones entre verdad y proceso jurisdiccional. Estas relaciones pueden calificarse de *problemáticas*, pues la manera como se presentan las mismas es objeto de discusión (en realidad: el presente trabajo, además de exponer más adelante algunas de las opiniones que se han esgrimido en medio de tal discusión, se inmiscuye en la misma, participando por igual en la actividad agonal que ella supone). Por tal motivo, esta primera variable del problema será nombrada también como *el problema de la verdad dentro del proceso jurisdiccional*.

Pues bien: quizá la mejor manera de adentrarse y palpar los contornos de las relaciones problemáticas entre verdad y proceso jurisdiccional, obteniendo así un panorama conceptual de las mismas, sea concentrando el análisis en la obra del profesor Michelle Taruffo, prolífico académico sobre la materia. Se partirá de su texto intitulado *La prueba de los hechos*¹, pues éste es un libro que, mediante el uso de un lenguaje claro y preciso, introduce satisfactoriamente al lector en el complejo y denso problema de la verdad dentro del marco reducido que es el proceso jurisdiccional.

El libro abarca, en esencia, tres problemáticas: la primera de ellas radica en la posibilidad y necesidad de que la actividad probatoria desarrollada en un proceso jurisdiccional esté dirigida a la determinación de la verdad de los hechos litigiosos. A este respecto, Taruffo analiza los discursos que desde perspectivas teóricas, prácticas e ideológicas sostienen tanto la imposibilidad como la posibilidad de la determinación de la verdad en el seno del proceso. Así, Taruffo distingue dos órdenes de cuestiones fundamentales. El primero de ellos radica en el hecho de que la prueba no se agota en el contexto jurídico, tendiendo a proyectarse en ámbitos como la epistemología, la psicología, la lógica, etcétera. Si bien en algún momento del desarrollo histórico del Derecho Continental Europeo se intentó reducir el fenómeno de la prueba a un catálogo definido de reglas, con la afirmación del principio de la libre valoración de la prueba, la disciplina jurídica de la misma pasó a convertirse en un aspecto parcial,

¹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Obra citada.

dependiente de métodos extrajurídicos, provenientes de otros campos del pensamiento².

El segundo grupo de cuestiones que percibe Taruffo está referido a la verdad en el marco del proceso y se sintetiza en la siguiente afirmación:

En resumen, el problema de la verdad de los hechos es eludido en la medida en que la verdad es, de una forma u otra, excluida del conjunto de los objetivos que se atribuyen al proceso en general u al proceso civil en particular.

Se produce aquí un fenómeno interesante, que Twining ha identificado en la doctrina del *common law*, pero que se manifiesta también en otros lugares. Se trata de una evidente contradicción que surge entre la teoría de la prueba y la teoría del proceso en general: en el ámbito de la primera se dice habitualmente, en efecto, que la función de la prueba consiste en establecer la verdad de los hechos; en el ámbito de la segunda se dice a menudo, en cambio, que la función del proceso no consiste en absoluto en determinar la verdad de los hechos. En este caso, queda por explicar para qué sirven las pruebas en el proceso, dado que éstas conducen a producir resultados en los que el proceso no estaría interesado³.

A partir de esta descripción de los problemas que genera la idea de la verdad en el proceso jurisdiccional, Taruffo revela, de manera muy sucinta, las líneas de pensamiento que niegan la verdad en el proceso civil, para pasar, luego, a contraponerlas con aquellas líneas que, por el contrario, acogen la verdad en el proceso.

En el primer conjunto de líneas de pensamiento, Taruffo distingue entre negaciones teóricas, ideológicas y prácticas de la verdad. Las negaciones teóricas, que son de variopintas índoles, se concentran en afirmar que en el proceso jurisdiccional *no se puede* establecer la verdad de un enunciado. Son tesis que liquidan el problema de la verdad de los hechos *a priori* y en planos distintos al proceso jurisdiccional⁴.

Por su parte, las negaciones ideológicas se concentran en afirmar que en el proceso jurisdiccional *no se debe* establecer la verdad de un hecho, porque de lo contrario, se pondría en peligro la consecución de unos fines que son atribuidos al mismo. Partiendo de este punto, dice Taruffo:

² Ibídem, p. 22 y ss.

³ Ibídem, pp. 26 y 27.

⁴ Ibídem, p. 28 y ss.

La ideología que se opone a la idea de la búsqueda de la verdad es aquella que concibe el proceso civil esencialmente como un instrumento para resolver conflictos, en particular los que asumen la forma de controversia jurídica entre las parte.

(...)

La oposición entre la concepción del proceso como instrumento de resolución de conflictos y la idea de la búsqueda de la verdad sobre los hechos del caso se manifiesta habitualmente cuando se dice que la búsqueda de la verdad no puede ser el objetivo de un proceso que pretende solucionar conflictos. Se trataría, en efecto, de finalidades distintas e incompatibles: resolver conflictos significaría encontrar la composición de intereses más satisfactoria para las partes y, eventualmente, también para el contexto social en el que ha surgido el conflicto, garantizando valores como la autonomía de las partes y la paz social; respecto de esta finalidad, la búsqueda de la verdad no es necesaria, puede ser incluso contraproducente y, en todo caso, representa una función extraña a la que se pretende al individualizar el punto de equilibrio que produzca la solución *práctica* del conflicto.⁵

Las negaciones prácticas son aquellas que, independientemente de si el proceso *puede* o *debe* (teórica e ideológicamente hablando respectivamente) estar dirigido a la búsqueda de la verdad de los hechos aseverados por las partes, manifiestan la imposibilidad de obtener la verdad en el proceso por *razones prácticas*, tales como la falta de recursos cognoscitivos con los que cuenta el juez, las limitaciones de orden temporal inherentes a la actividad probatoria, la existencia de una serie de normas legales que, al perseguir fines ajenos a la verdad, terminan excluyéndola, etcétera⁶.

Acompañando a estas posturas *negacionistas* de la verdad, Taruffo menciona dos vertientes del pensamiento que ven en la verdad un asunto irrelevante en tratándose del proceso jurisdiccional. La primera de ellas, de corte *retórico*, interpreta al proceso como un campo erístico, en el que se desarrolla un juego *retórico-persuasivo*: no importa la verdad, importa conseguir el consenso en relación con una tesis específica. La segunda de ellas, fundada en la aplicación de modelos semióticos, se concentra en un punto que, en opinión de Taruffo, no absorbe la totalidad de lo que es un proceso: la estructura de las narraciones que son presentadas dentro del mismo. Así las cosas, el análisis se concentra en la forma de las

⁵ *Ibidem.* pp. 37 - 38.

⁶ *Ibidem* p. 45 y ss.

narraciones, no en la correspondencia del contenido de éstas con la factualidad⁷.

Las posturas acabadas de resumir son enfrentadas a aquéllas que sí consideran posible la verdad dentro del proceso. La primera de ellas es llamada por Taruffo como “posibilidad teórica”, que se enfoca en demostrar la posibilidad de definir racionalmente la verdad de un enunciado, tanto en el proceso jurisdiccional como fuera de éste, sin necesidad de acudir a doctrinas filosóficas adscritas a un realismo cándido, ingenuo, acrítico. Por el contrario, reseña el autor —de manera muy sucinta— algunos desarrollos filosóficos —impulsados por autores como Tarski, Quine, Putnam, Goodman— condensados todos en una suerte de *realismo crítico*, que al problema de la verdad dan respuestas positivas o, por lo menos, no tan radicalmente negativas⁸.

Al lado de esta posibilidad, expone Taruffo la llamada “oportunidad ideológica”, afirmándose que la búsqueda de la verdad, a más de posible, es necesaria en el contexto del proceso jurisdiccional. Dice al respecto el autor:

La ideología de los objetivos del proceso que aquí se destaca sostiene que éste debe tender a producir *decisiones justas*, lo que resulta muy obvio y difícilmente contestable. Naturalmente, es posible definir de otros modos la finalidad del proceso, como se hace cuando se dice que aquél pretende decidir *tout court* las controversias o decidir las satisfactoriamente para las partes; es más, esta posibilidad es la razón principal por la que la finalidad de producir decisiones justas constituye una ideología más bien que una teoría del proceso. En realidad, simplificando al máximo el problema, se trata de una elección acerca de lo que el proceso debería hacer más que de un análisis acerca de lo que se sostiene que el proceso realmente hace⁹.

(...)

Sin embargo, hay un aspecto muy importante del concepto de justicia de la decisión que afecta directamente al problema que estamos tratando; la cuestión se plantea en la medida en que, independientemente del criterio jurídico que se emplee para definir y valorar la justicia de la decisión, se puede sostener que ésta nunca es justa si está fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos. En otros términos, la veracidad y la aceptabilidad del juicio sobre los hechos es condición necesaria (obviamente, no suficiente) para que pueda decirse que la decisión judicial

⁷ Ibídem, pp. 48 – 56.

⁸ Ibídem, pp. 57 – 62.

⁹ Ibídem, p. 63.

es justa. En consecuencia, hay un posible margen de injusticia de la sentencia, que coincide teóricamente con la eventual desviación entre la forma concreta en que los hechos se determinen y su verdad empírica¹⁰.

Finalmente, a la imposibilidad práctica alegada por algunos¹¹, Taruffo opone la posibilidad práctica de obtener la verdad en el proceso. Al respecto, desmiente el autor la afirmación según la cual la existencia de un catálogo normativo dirigido a disciplinar la actividad probatoria desplegada en un proceso, impide la determinación de la verdad de los hechos; a lo sumo, estas reglas condicionan algunos aspectos de la manera como la verdad del proceso es establecida, pero no necesariamente afectan negativamente la averiguación de aquélla¹².

Al encontrar un marco conceptual en el que la verdad es posible en los contornos del proceso, presenta una línea argumentativa dirigida a demostrar la necesidad de determinar la verdad de los hechos en el mismo, si se parte de una idea en la que este instrumento está enderezado a producir decisiones *justas*. Según Taruffo, una decisión sólo puede ser justa si se funda en una determinación verdadero de los hechos del caso¹³.

La segunda problemática que presenta el libro se concentra en lo que ha de entenderse por “verdad” en el proceso, para lo cual Taruffo comienza preguntándose cuál es la verdad de los hechos que puede y debe ser establecida por el juez para que constituya el fundamento de una decisión. Para dar respuesta a este interrogante, Taruffo acomete varias empresas: analiza el complejo concepto de “hecho” y lo que implica la determinación del mismo en el proceso; deshecha la posibilidad de alcanzarse, dentro de un proceso jurisdiccional, una “verdad absoluta”; rechaza el concepto de “verdad procesal”, calificándolo de inaceptable; distingue los conceptos de verosimilitud y probabilidad, los cuales a veces aparecen entremezclados en la doctrina procesal tradicional.

¹⁰ Ibídem, p. 64.

¹¹ A este respecto, Taruffo cita, entre otros, a los siguientes autores: CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico* (tr. cast., El juez y el historiador, a cargo de S. Sentís Melendo, en *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, pp. 112 y ss.); WEINSTEIN, Some Difficulties in Devising Rules for Determining Truth in Judicial Trials, en Col. L. Rev. 66, 1966, pp. 1115 y ss.; ALCHOURRÓN y BULYGIN, Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico, en: *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, pp. 311 y ss; Scarpelli, *Auctoritas non veritas facit legem*, en *Riv. fil.*, 1984, pp. 33 y ss.

¹² TARUFFO, Michele, La prueba de los hechos, *obra citada*, p. 79.

¹³ Ibídem, p. 63 y ss.

Al respecto cabe hacer los siguientes comentarios: primeramente, debe tenerse en cuenta que el “hecho” sobre el cual gira el problema de la verdad en el proceso jurisdiccional, es, en realidad, una aseveración, un enunciado fáctico con pretensión de verdad. Taruffo expresa esta idea de la siguiente manera:

(...) debe hacerse una consideración adicional acerca del la “verdad de los hechos”. Se han visto ya algunos aspectos del problema y más adelante se presentará una posible solución. Lo que aquí se quiere subrayar es que tampoco las calificaciones en términos de verdad/falsedad se aplican, obviamente, a los hechos entendidos como sucesos del mundo material, sino sólo a las enunciaciones que a ellos se refieren. Los hechos materiales existen o no existen, pero no tiene sentido decir *de ellos* que son verdaderos o falsos; sólo los enunciados fácticos pueden ser verdaderos, si se refieren a hechos materiales sucedidos, o falsos, si afirman hechos materiales no sucedidos. En consecuencia, la “verdad de un hecho” es únicamente una formula elíptica para referirse a la verdad del enunciado que tiene por objeto un hecho¹⁴.

Así las cosas, los problemas que se presentan en relación con cualquier enunciado fáctico, o mejor: cualquier enunciado descriptivo de un hecho —tales como la ambigüedad y la vaguedad—, se presentan en tratándose de los hechos sobre los cuales opera la actividad jurisdiccional.

En segundo lugar, frente a la idea de “verdad absoluta”, dice Taruffo lo que sigue:

(...) la verdad como correspondencia absoluta entre una descripción y el estado de cosas del mundo real no es alcanzable con procedimientos cognoscitivos concretos, ya que es sólo un valor-límite teórico de la verdad de la descripción. Pueden haber (sic), sin embargo, distintos grados de aproximación al estado teórico de correspondencia absoluta (...) La referencia al valor teórico de la correspondencia absoluta, como al otro extremo de la no correspondencia, es útil para distinguir los grados de aproximación y para establecer cuándo hay incrementos o disminuciones en la aproximación y, también, para determinar el criterio de elección entre varias descripciones del mismo hecho¹⁵.

(...)

En resumen, la asunción de la verdad absoluta, como correspondencia total de la determinación de los hechos con la realidad, en la función de valor límite, permite

¹⁴ Ibídem, p. 117.

¹⁵ Ibídem, p. 180.

que en el ámbito del proceso se pueda hablar sensatamente de verdad (relativa) de los hechos como aproximación a la realidad, sin caer en los frecuentes círculos viciosos en los que se acaba por llamar “verdadero” a cualquier resultado que se obtenga del modelo procesal que se considera, por otras razones, preferible; o bien —en el otro extremo— que se llama no-verdadero a todo aquello que es el resultado de sistemas procesales que, siempre por otras razones, son rechazados¹⁶.

Con el concepto de verdad relativa, llega Taruffo al concepto de probabilidad como punto de referencia de la verdad dentro del proceso jurisdiccional. Distingue así la probabilidad cuantitativa de la probabilidad cualitativa o lógica: la teoría cuantitativa entiende que la probabilidad es la medida de la incertidumbre de un fenómeno del cual no se puede predicar su existencia (y verdad absoluta en relación con el enunciado descriptivo del fenómeno) o inexistencia (o falsedad absoluta en relación con el enunciado descriptivo del fenómeno)¹⁷; la teoría cualitativa, por su parte, ve en la probabilidad el grado de confirmación que los elementos de prueba atribuyen a la hipótesis sobre un hecho¹⁸.

En relación con las teorías cuantitativas de la probabilidad, señala Taruffo que su principal inconveniente es el hecho de que todas presuponen una *cuantificación de partida*, siendo ese, el problema a resolver: la fijación de los valores numéricos para los cálculos correspondientes. Así lo dice el autor:

(...) cuando se conjetura o se establece *a priori* o se escoge de partida el valor probabilístico a atribuir a un determinado evento o a una hipótesis específica, se acaba evitando el problema que, en cambio, debería ser resuelto. Éste se refiere precisamente a la determinación del grado de aceptabilidad que se atribuye a un elemento de prueba específico relativa a una cierta hipótesis de hecho. Este problema es irrelevante para el matemático, que se ocupa de las modalidades de un cálculo abstracto; en cambio, el mismo problema es decisivo en el proceso, donde ningún cálculo y ningún razonamiento es lícito si no parte de las modalidades de determinación del valor que se atribuye al elemento de prueba concreto. Este valor no puede presuponerse o conjeturarse y, mucho menos, inventarse a placer: es precisamente lo que debe determinarse en sede de valoración de las pruebas. Por tanto, cualquier teoría de la prueba que no afronte este problema (como sucede por regla general en las teorías cuantitativas de las probabilidades) es incompleta bajo un aspecto esencial. No tiene mucho sentido, en realidad, elaborar cálculos

¹⁶ Ibídem, p. 181.

¹⁷ Ibídem p. 193.

¹⁸ Ibídem, p. 225.

sofisticados si los datos cuantitativos sobre los que se fundan son inciertos o inventados¹⁹.

Por este motivo, Taruffo afianza todas sus esperanzas en las teorías cualitativas de la probabilidad, las cuales, como ya se dijo, se fundan en la relación *pruebas – hipótesis fácticas*. Desde esta óptica, puede decirse que el conocimiento verdadero de un hecho se ha alcanzado en el proceso, si y sólo si el enunciado descriptivo del hecho emana de los conocimientos derivados de las pruebas, con un grado de confirmación que prevalece sobre el que puede ser atribuido a cualquier otra hipótesis, resultando racional escoger ese enunciado como una descripción verdadera del hecho que se pretende comprobar²⁰.

La tercera y última problemática estudiada por el profesor Taruffo consiste en la disciplina jurídica que acompaña el fenómeno probatorio en el proceso jurisdiccional. Inicia su análisis tomando como punto de partida principal (mas no exclusiva) el sistema jurídico italiano. La tesis principal del autor a este respecto es la siguiente: la regulación jurídica de la prueba es siempre una limitación a la actividad epistemológica que se desarrolla siempre que se quiere determinar la verdad de un enunciado relativo a un hecho. En palabras de Taruffo:

(...) en cualquier caso, queda fundamentada en línea general la constatación de que la regulación jurídica de la prueba pretende restringir (con diversas técnicas normativas) el ámbito de la “prueba jurídica” respecto de la forma en que quedaría definido por el sentido común o de otros ámbitos.

Este aspecto ha sido desde siempre evidente, especialmente en los sistemas del *common law*, donde el *law of evidence* está formado principalmente por reglas de exclusión (y por sus respectivas excepciones) que superponen criterios más restrictivos de admisibilidad jurídica al más amplio criterio fundado sobre la relevancia lógica del medio de prueba.

No obstante, ese mismo aspecto también puede encontrarse fácilmente en los sistemas del *civil law*, aunque en ellos la regulación jurídica de la prueba es (al menos en algunos casos) mucho más extensa y compleja. En buena parte, las formas continentales sobre las pruebas son reglas de exclusión, de forma que vale para ellas la misma consideración que vale para las *exclusionary rules* angloamericanas: cambia, en efecto, el contenido de las reglas de exclusión, es decir, los tipos de prueba que se declaran inadmisibles, pero se trata de la misma

¹⁹ *Ibidem*, p. 217.

²⁰ *Ibidem*, p. 526.

técnica normativa, consistente en precluir un medio de prueba que también sería lógicamente relevante²¹.

Esta limitación encuentra sus razones justificativas en la necesidad de tutelar procesalmente valores distintos a la verdad:

Todo esto equivale a decir que en general existe un principio de *libertad de la prueba* en función del cual todo elemento de conocimiento útil para la determinación del hecho puede ser usado sobre la base de los criterios cognoscitivos propios de la racionalidad general. En el territorio indeterminado que de esta forma queda identificado existen algunas “zonas” en las que operan, en cambio, reglas jurídicas que de distintas formas (principalmente introduciendo limitaciones) se superponen y sustituyen a aquellos criterios, en función de exigencias o valores incorporados al ordenamiento jurídico y que se considera que deben prevalecer sobre el principio de libertad de la prueba. Se puede, entonces, pensar en una “piel de leopardo” en la que las manchas equivalen a la áreas de regulación jurídica del fenómeno probatorio, mientras que en el fondo equivale a la parte no regulada jurídicamente y, por tanto, sometida únicamente a criterios de racionalidad²².

Con todo, para Taruffo es necesario que se tomen precauciones en relación con tales limitaciones, puesto que pueden llegar a suponer una restricción excesiva a la pretensión de alcanzar la verdad dentro del proceso.

Recapitulando sobre lo antedicho, puede decirse que para Michele Taruffo existen razones de orden teórico, ideológico y práctico que permiten afirmar la posibilidad de determinar la verdad (no absoluta, sino relativa, aproximativa, probabilística-cualitativa) dentro de proceso jurisdiccional; siendo *ideológicamente* necesaria tal determinación si se considera que el proceso ha de proveer decisiones justas, pues (con independencia de las ideas que se tengan sobre la justicia), no puede calificarse de justa una decisión errónea, y será errónea toda decisión proyectada sobre hechos falsos (o, en todo caso, no verificados dentro del proceso). Debe advertirse, no obstante, que la regulación jurídica de la prueba afecta necesariamente la actividad verificadora que se realiza en el proceso, pero esta afectación puede ser positiva (porque la regulación jurídica de la prueba está dirigida hacia el establecimiento de la verdad) o negativa (porque la regulación jurídica de la prueba no está dirigida hacia el establecimiento de la verdad), situación que se hace particularmente problemática cuando se tiene en cuenta que toda disciplina legal de la

²¹ Ibídem, p. 347.

²² Ibídem, p. 359.

prueba es, en esencia, una limitación a la actividad epistemológica que pudiera desarrollarse en un proceso determinado.

Otra teórica cuya obra es representativa del problema de la verdad en el proceso jurisdiccional es la profesora Marina Gascón Abellán. Conviene detenerse —aun en forma sucinta— en su texto *Los hechos en el derecho*²³.

Parte la autora de lo siguiente:

La resolución judicial de los conflictos jurídicos suele representarse como un “silogismo práctico” que, a partir de una premisa mayor (la norma jurídica aplicable) y una premisa menor, concluye con una norma jurídica singular (el fallo de la resolución). La premisa menor o “premisa fáctica” establece que un supuesto de hecho concreto constituye un caso particular del supuesto de hecho abstracto de una norma jurídica. Esta premisa fáctica no es un simple enunciado descriptivo de un acontecimiento: es el resultado de una operación judicial mediante la cual se califican unos hechos, en el sentido de determinar que constituyen un caso concreto del supuesto de hecho abstracto en que se han de subsumir; y esa operación de calificación jurídica de los hechos tiene naturaleza normativa. Ahora bien, esto no desvirtúa el carácter (también) fáctico de la premisa, que se asienta necesariamente en hechos: precisamente aquellos que se califican. Dejando pues al margen el problema de la calificación de los hechos, puede afirmarse que, al final, la fijación de la premisa fáctica exige conocer cuáles han sido los hechos que han dado origen al conflicto²⁴.

Frente al problema de la fijación de la premisa fáctica, la profesora Gascón Abellán pretende establecer un *modelo de fijación judicial de los hechos*; modelo que ella denomina “cognoscitivista”. Dejando de lado algunas de las características que la autora atribuye a este modelo, puede concentrarse este análisis en el objetivo basilar del mismo. Al respecto, la autora dice lo siguiente:

El objetivo que persigue un paradigma cognoscitivista de fijación judicial de los hechos es, pues, la formulación de enunciados fácticos verdaderos. Obsérvese: “fácticos y verdaderos”.

Que los enunciados sean “fácticos” significa que son una descripción de los hechos acaecidos: es decir, que el juicio de hecho tiene una naturaleza descriptiva (...)

(...)

²³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. Obra citada.

²⁴ *Ibíd.*, pp. 47 – 48.

Que los enunciados fácticos sean “verdaderos” significa que los hechos descritos por tales enunciados han tenido lugar (...)²⁵

Este modelo cognoscitivista se funda en las teorías de la verdad como correspondencia, las cuales se contraponen a las teorías coherentistas y pragmatistas. Gascón Abellán hace una sucinta descripción de estas teorías²⁶ (descripción que también se encuentra en Taruffo²⁷). Una breve explicación de las mismas es la siguiente:

- *Verdad como correspondencia.* Desde este conjunto de doctrinas, la verdad (atributo que puede predicarse de un enunciado fáctico) consiste en su adecuación con la realidad a que se refiere. Un enunciado fáctico es aquel que describe hechos, los cuales se conciben como entidades completamente independientes del enunciado. La verdad del enunciado implicaría una correspondencia entre el mismo y el ente independiente descrito. Estas doctrinas también suelen ser calificadas de “semánticas”, en razón de que el significado de las palabras, dicen éstas, pueden ser expresión cristalina de las cosas a las que se refieren.

- *Verdad como coherencia.* Desde esta óptica, la verdad de un enunciado depende de su pertenencia a un sistema coherente de enunciados. Verdadera es aquella proposición que es emitida de acuerdo a las reglas internas de un sistema o conjunto organizado de proposiciones o enunciados. Estas doctrinas suelen tildarse de “sintácticas”, haciéndose alusión –casi metafóricamente– a la sintaxis que, como se sabe, es aquella parte de la gramática que enseña a coordinar y unir las palabras para formar oraciones.

- *Verdad como aceptabilidad justificada.* Esta agremiación de doctrinas, conocida también con el agregado de “pragmáticas” o “pragmatistas”, conciben la verdad de un enunciado a partir de la aceptación general del mismo, sea porque considerándolo verdadero se logre un fin socialmente legítimo (teoría pragmatista instrumental de la verdad) o porque, simplemente, este enunciado se considera comúnmente cierto (teoría pragmatista consensual de la verdad).

²⁵ Ibídem, p. 52.

²⁶ Ibídem, 53 – 73.

²⁷ TARUFFO, Michele, *La prueba*. Obra citada. pp. 23 – 30.

Según Gascón Abellán, tanto las teorías coherentistas como las pragmatistas de la verdad son *contraintuitivas* e inadecuadas en relación con el objeto del proceso jurisdiccional. Al respecto dice la autora que:

(...) son *contraintuitivos* porque, tanto en el lenguaje común como en el judicial, no se afirma que un conjunto de enunciados sobre hechos sea verdadero porque resulte internamente coherente —lo sería entonces una novela— o porque sea aceptado —incluso unánimemente— o resulte más simple que otros, sino porque los hechos que describen han sucedido realmente. En otras palabras, en las convenciones lingüísticas de los hablantes, decir que los enunciados fácticos son verdaderos significa que los hechos que describen han tenido lugar —independientemente de que se los conozca o no— y no que tales enunciados resultan coherentes o sean aceptables (...) Pero además —vinculado a lo anterior— los conceptos coherentista y pragmatista de verdad *se desconectan del objeto del proceso* de fijación judicial de los hechos, que no es otro que la reconstrucción de los hechos, tal y como sucedieron. Cuando el juez declara que ciertos hechos son verdaderos no pretende con ellos formular un enunciado que sea coherente con otros o que pueda ser aceptado por cualquier razón. Lo que pretende es reconstruir la realidad, aportar una “información empírica” sobre los hechos en cuestión²⁸.

Las dificultades señaladas justifican —en opinión de la profesora española— la opción por el modelo cognoscitivista de la verdad, basado, se insiste, en un entendimiento de la verdad como correspondencia.

Finalmente, existen dos cuestiones que Marina Gascón considera importante resaltar en relación con el modelo mentado. La primera de ellas indica que este modelo descansa en una epistemología mínimamente realista, la cual parte de la creencia de la existencia de un mundo allende al sujeto y de la posibilidad que tiene éste de conocer este mundo²⁹. La segunda de ellas, alude a la adecuación del cognoscitismo para explicar la determinación de los hechos efectuada en sede jurisdiccional. Esta adecuación es defendida por la profesora Gascón desde tres puntos de vista distintos: el modelo cognoscitivista es *conceptualmente* adecuado, porque en opinión de ella el concepto de verdad como correspondencia³⁰ es el que más se ajusta a las intuiciones que sobre la verdad suelen tener los participantes del proceso; es *prácticamente* adecuado, porque lo que

²⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Obra citada, p. 64.

²⁹ Cf. ibídem, pp. 54 – 66.

³⁰ Al respecto de esta teoría de la verdad, consúltese a TARSKI, Alfred, “La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica”, en: VALDÉS VILLANUEVA, Luis Manuel, ed. *La búsqueda del significado*. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 2005, pp. 275 – 313.

interesa al proceso es la determinación de los hechos que efectivamente han ocurrido con miras a establecer la consecuencia jurídica a establecer, para lo cual las teorías semánticas de la verdad —y no las coherentistas y pragmatistas— aporta las herramientas necesarias; es, por último, *valorativamente* adecuada, porque la verdad entendida como coherencia o como aceptabilidad justificada no sirven para justificar las decisiones judiciales: una decisión sólo estará justificada si es proferida en relación con acontecimientos que efectivamente hayan sucedido³¹.

Después de lo expuesto, es fácil resumir el pensamiento de Marina Gascón Abellán: la fijación de las premisas fácticas sobre las cuales se afina el silogismo práctico representativo de la decisión jurisdiccional, requiere, ineluctablemente, un modelo *cognoscitivist* de fijación judicial de los hechos, el cual parte del entendimiento fundamental de la verdad como correspondencia entre un enunciado descriptivo y el objeto de la descripción. Modelos basados en teorías *coherentistas* o *pragmatistas* de la verdad no se adecuan a las dinámicas connaturales del proceso jurisdiccional, en el que lo esencial es la determinación de unos hechos para atribuirles unas consecuencias establecidas en normas de carácter general y abstracto. Nótese que la postura asumida por la profesora española y representada en sus escritos es de un carácter más radical que el que rezuma la obra de Taruffo recién reseñada: el binomio proceso-verdad no se condensa en un problema ideológico, ya que la determinación verdadero de los hechos que sirven de premisa menor para el silogismo judicial, es una actividad ínsita en la idea de proceso.

Hay, no obstante, un autor para quien las fisonomías que adquiere el proceso a partir de distintas direcciones ideológicas es un problema de carácter fundamental. Éste es Mirjan Damaska, escritor de la obra *The faces of justice and State Authority*³².

En este libro, el autor —profesor de Yale University— pretende describir cuatro abstracciones procesales, las primeras dos partiendo de las formas como se organizan las autoridades procesales y las dos últimas considerando los fines perseguidos por el proceso: el proceso ante una organización jerárquica de la autoridad (proceso bajo el ideal jerárquico),

³¹ Cf., ibídem, pp. 66 – 67.

³² DAMASKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven and London: Yale University, 1986.

proceso ante una organización coordinada de la autoridad (proceso bajo el ideal de coordinación), proceso componedor de conflictos y proceso implementador de políticas públicas.

Con estos modelos, Damaska logra mostrar las variaciones de las formas procesales considerando, por un lado, la manera como en un determinado Estado se ha organizado la autoridad política (y, en especial, la autoridad procesal) y, por otro, las funciones que son atribuidas a tal Estado.

Mostradas las características de estos modelos esenciales, Damaska procede a contraponerlos con modelos procesales espacial e históricamente existentes. Con este ejercicio, la clásica separación entre Sistema Acusatorio y Sistema Inquisitivo (cuyo estudio no falta en la Facultades de Derecho Latinoamericanas) muestra su insuficiencia, ya que ella no logra explicar los fenómenos que efectivamente ocurren en relación con el proceso (no así con el modelo *damaskiano*, que permite comprender muchas de las diferencias que aparecen entre los modelos procesales de los países adscritos al *civil law*, al *common law* y al *soviet law*).

En relación con la variable que acá interesa —la verdad y su relación con el proceso jurisdiccional—, las consideraciones que Damaska hace al respecto parten de la diferencia entre proceso componedor de conflictos y proceso implementador de políticas públicas. Para explicar esta dicotomía de formas procesales, Damaska se propone mostrar la manera como el proceso se ve afectado por las inclinaciones contrastantes del Estado: la inclinación a dominar cada uno de los aspectos de la vida de los ciudadanos, guiándolos hacia situaciones vitales que el Estado considera “buenas” y alejándolos de unas circunstancias calificadas de “malas” por el mismo Estado; y la inclinación a proporcionar, únicamente, el contexto en el que habrá de desarrollarse la interacción social, sirviendo exclusivamente de árbitro en los supuestos conflictivos en los que participen miembros de la sociedad civil. La primera inclinación es propia de lo que Damaska llama Estado Activista (*activist state*) y la segunda del Estado Reactivo (*reactive state*)³³.

Las características del Estado Reactivo son las siguientes³⁴: Éste es un Estado minimalista, dedicado exclusivamente a garantizar el orden y a

³³ Al respecto, *ibídem*, pp. 71 – 96.

³⁴ *Ibídem*, pp. 73 – 80.

proveer un foro para la resolución de las disputas que pueden surgir entre los ciudadanos, en el que no existe una clara división entre intereses públicos e intereses privados. El Estado existe única y exclusivamente en función de los intereses privados, que son los intereses de los coasociados. Brevemente: todo el fenómeno estatal gira en torno a la figura de la “sociedad civil”.

El Derecho en esta clase de Estado se caracteriza por su cariz contractualista: las normas suelen tener, como fuente originaria, actos convencionales (acuerdos, pactos, contratos). Pero debe agregarse algo más: la función primordial del derecho proveniente directamente del Estado (y no reconocido por éste como normatividad surgida en el seno de la sociedad civil), no es guiar la conducta humana; más bien, es generar procedimientos en los que se garantiza la obligatoriedad de los pactos a los que llegan los ciudadanos. Con todo: no puede negarse que el ordenamiento jurídico en esta clase de Estado concibe una serie de normas de conducta, pero éstas se caracterizan, en su gran mayoría, por ser normas supletivas de la voluntad de los particulares. Finalmente, debe resaltarse que el Derecho suele traducirse en términos de “derechos”, esto es: de posiciones de ventajas entre los ciudadanos.

En tratándose de la administración de justicia, ha de decirse, primeramente, que en el Estado Reactivo, las actividades estatales, en especial las actividades jurisdiccionales, no están separadas de la función compositiva del conflictos que define a esta clase de Estado. Sólo estará legitimado el Estado de intervenir en un determinado conflicto social, cuando así se lo solicitan sus ciudadanos. Incluso en aquellos eventos en los que el Estado se ha subrogado en la tutela de intereses privados (por ejemplo, cuando asume el ejercicio de la acción penal), el proceso se perfila como un instrumento componedor de conflictos de intereses privados. Por este motivo, el instrumento procesal se ha estructurado como una competencia entre partes ubicadas en lados contrarios; partes que en cualquier momento, aún iniciado el proceso, pueden auto-componer sus conflictos sin intervención estatal. En palabras de Damaska:

In the end, the fundamental structural principle upon which the procedural edifice of the reactive state is erected thus becomes the idea that proceedings are a contest of two sides. To imagine, however, that the ideal of self-management is wholly discarded once the jurisdiction of state courts has been invoked would be wrong: like the Phoenix, that ideal can rise from its own ashes. If the disputants reach an out-of-court settlement of their difficulty, legal proceedings lose their underlying animus

and come to an end; agreement between former litigants overrides prior judicial rulings. As expressed in an old adage, dating from a time when the primary objective of courts was the preventions of clan warfare, *pactum vincit legem et amor judicium* (an agreement prevails over law and love over the judgment)³⁵.

Esta clase de proceso es denominado por el autor “conflict-solving process” (proceso componedor de conflictos), y se identifica con el proceso acusatorio, aunque esta identificación debe hacerse con cuidado, dada la enorme imprecisión conceptual que connota esta última expresión.

Por su parte, el Estado Activista³⁶ se caracteriza porque, fundamentalmente, desarrolla toda una teoría acerca de lo bueno de la vida (con su correspondiente y dicotómica teorización sobre lo malo de ella), dirigiendo todos sus esfuerzos hacia el *mejoramiento* de los ciudadanos. En este contexto, el Estado no es una entidad que procura resolver los conflictos que surjan entre los ciudadanos: es el director de una empresa común que vincula a todos los ciudadanos hacia la consecución de unos objetivos (establecidos previamente por el Estado). Poca confianza muestra esta forma estatal en la autonomía individual y en el juicio de sus coasociados para decidir sobre qué es lo mejor para ellos: es el Estado el encargado de decidir por ellos, conduciéndolos hacia condiciones consideradas convenientes —se itera— por el mismo Estado.

En un Estado con estas características, se entiende que el Derecho se traduzca, normalmente, en términos de “deberes”: los ciudadanos soportan imposiciones impuestas por el Estado, en su objetivo de guiar el comportamiento de aquéllos. Esto último nos pone enfrente de otra característica que vale la pena anotar: el cariz contractualista de las normas mencionado en relación con el Estado Reactivo, desaparece por completo en el Estado Activista, donde sus normas se presentan como verdaderos mandatos emanados de la voluntad estatal.

En relación con la administración de justicia en el Estado Activista, lo primero que ha de decirse es que a la misma, en relación con su actuación, le es indiferente la existencia o inexistencia de un conflicto de intereses cualquiera: el fin del proceso no es componer litigios, sino hacer cumplir la ley y realizar una determinada política pública en el caso concreto. Divorciado del ideal compositivo de conflictos, no existe ninguna

³⁵ Ibídem, p. 79.

³⁶ Ibídem, pp. 80 – 88.

necesidad de estructurar al proceso como una competencia entre dos partes enfrentadas, sino que éste puede perfectamente edificarse como un trámite bipolar entre un agente oficial y un individuo, o como un trámite poligonal, donde un gran número de protagonistas presentan una variedad desigual de puntos de vista. A este respecto dice el autor:

Of course, the litigational (triadic) form can also provisionally be maintained. But whether bipolar, triadic, or polygonal, activist proceedings must be structured so as to permit a search for the best policy response to the precipitating event³⁷.

Esta clase de proceso es denominado por Damaska “the policy-implementing process” (el proceso implementador de políticas), identificable con el proceso inquisitivo, aún cuando deba advertirse que ésta expresión está caracterizada por una alta dosis de imprecisión.

Pues bien: el *conflict-solving process* no es, necesariamente, un proceso buscador de la verdad. Adviértase que el objetivo basilar de este proceso es componer los conflictos que surjan entre miembros concretos de la comunidad; el establecimiento veraz de los hechos del conflicto puede impedir este objetivo. Por tal motivo, la actividad probatoria suele estar confiada a la actividad de las partes, quedando el juez relegado a una posición “arbitral” entre las mismas. Es más: esta clase de proceso siente una enorme reluctancia por el juez “participante” en la búsqueda de hechos y verificación de los mismos dentro del proceso. Al respecto, Damaska dice lo siguiente:

It is an old insight that truth can engender hatred and exacerbate a conflict, for to tell the truth is all too often seriously to offend. A legal process aimed at maximizing the goal of dispute resolution thus cannot simultaneously aspire to maximize accurate fact-finding. In fact, the process does not seek precision of factual findings as a goal independent of dispute resolution, even within the narrow compass of issues as defined by the parties. The verdict in the conflict-solving mode is not so much a pronouncement on the true state of the world as it is a decision resolving the debate between the parties, like a peace treaty putting an end to combat. In consequence, even if it were shown that fact-finding dominated by parties uncovers the truth less effectively than does impartial research, this showing would not of itself preclude the possibility that the competitive evidentiary method might still be the preferable form in the conflict-solving process³⁸.

³⁷ Ibídem, p. 87.

³⁸ Ibídem, p. 123.

En cambio, en el *policy-implementing process* la determinación correcta (verdadera) de los hechos es una meta fundamental en el proceso del Estado Activista. La aplicación correcta de la ley depende de la determinación correcta de los hechos sobre los cuales habrá de aplicarse la misma. Por este motivo, la actividad probatoria es dirigida y ejecutada por oficiales procesales, los cuales se tornan en verdaderos investigadores. Así lo explica Damaska:

The discussion of the legal process in the reactive state has shown how the objective reduces the importance of ascertaining the real state of the world. Through the eyes of the laissez-faire ideologist, truth seems elusive and reality, like the muses, seems always to have another veil. In contrast, getting the facts right is normally one of the preconditions to realizing the goal of the legal process in the activist state. Proper law enforcement requires accurate determination of past events and reliable prediction of future developments. Here, seeking the true facts does not seem unrealistic, often Sisyphean enterprise: activist ideologies are housed in optimistic epistemology, and the activist administration of justice deals with the routine and easy as well as with difficult matters; it is not concentrated —as is the reactive state— on the residue of hard cases that cannot be settled out of court³⁹.

Con Damaska aparece un aspecto interesante —aunque mencionado por Michele Taruffo anteriormente— del binomio *verdad-proceso jurisdiccional*: sólo en aquellas formas procesales a las que se asignan objetivos que trascienden la simple composición de los litigios, se reputará necesaria una fijación verdadera de los hechos en el proceso. Estos *otros objetivos* se encontrarían fijados en el ordenamiento jurídico, debiendo el proceso aplicar las normas de tal ordenamiento en los casos concretos con los que se encuentre.

Desde una perspectiva estrictamente ideológica —aunque no confesada— y en franca oposición a las tesis antedichas, están las opiniones del tratadista español Juan Montero Aroca⁴⁰. Comienza el profesor Montero Aroca diciendo lo siguiente:

Tradicionalmente la función de la prueba ha venido refiriéndose al descubrimiento de la verdad, dándose así origen a un mito en materia de prueba. En este sentido de la búsqueda de la verdad se pronunció toda doctrina del siglo XIX y también buena

³⁹ Ibídem, p. 160.

⁴⁰ Las consideraciones que siguen a continuación tienen como punto de referencia el siguiente texto: MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional II- Proceso Civil*. Decimosegunda edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

parte de la actual, para la que “las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad” (Bonnier). Sin pretender plantear cuestiones que no hacen al caso, lo cierto es que la humildad ha exigido acabar con este mito⁴¹.

Son tres las razones que el profesor español presenta para explicar el porqué de esta renuncia procesal a la verdad:

- a) Los hechos no afirmados al menos por una de las partes no existen para el juez, que no puede salir a la búsqueda de los mismos.
- b) Los hechos afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra existen para el juez, que no puede desconocerlos en la sentencia.
- c) Respecto de los hechos controvertidos debe recordarse que la actividad probatoria no es investigadora, sino simplemente verificadora⁴².

Se advierte con facilidad que Montero Aroca, sin decirlo de manera explícita, adhiere a una ideología del proceso según la cual éste es tan sólo un instrumento componedor de conflictos. En efecto, es claro que un proceso en el que el material fáctico es controlado única y exclusivamente por las partes, es concebido como un instrumento *de las partes*, como una herramienta para que las mismas resuelvan sus diferencias (o sólo los aspectos de ellas que, en efecto, comuniquen al juez).

Además, esta descripción del autor de la dinámica por la que pasan los hechos dentro de un proceso, ha sido la que tradicionalmente se le ha atribuido al *sistema procesal dispositivo*, que no es otra cosa que una opción ideológica relativa a la función del proceso jurisdiccional. En efecto: Canelutti, al describir un modelo de proceso en el que las afirmaciones de las partes vinculan al juez en cuanto a la fijación del hecho en su sentencia, toda vez que este último no puede fijar un hecho que no ha sido afirmado previamente por las partes, no puede dejar de fijar un hecho que haya sido afirmado por las dos partes, dice lo siguiente:

Un sistema procesal así construido integra un *poder de disposición* de las partes sobre el material de hecho de la sentencia y, por tanto, una influencia de la conducta de éstas sobre el contenido de la sentencia misma: las partes pueden, bien callando un hecho *real* o bien afirmando acordes un hecho *imaginario*, constreñir al juez a poner en la sentencia una situación de hecho diversa de la realidad. Este sistema

⁴¹ Ibídem, p. 247.

⁴² Ibídem, p. 248.

—llamado principio de *disposición* (*Dispositionsmaxime, Verhandlungsmaxime*)— no obedece, sin embargo, de manera exclusiva a la naturaleza privada del interés tutelado en el proceso civil y a la consiguiente indiferencia del Estado sobre el extremo de la realidad de los presupuestos de hecho de la sentencia, sino que, por el contrario, viene principalmente determinado por un propósito práctico de aprovechamiento de la iniciativa de las partes para una más rápida y segura posición del hecho conforme a la realidad misma (...)⁴³

De todo lo anterior se concluye que la negativa de Montero Aroca de aceptar la verdad como objetivo de la actividad probatoria de un proceso, sólo obedece a razones de orden ideológico: para él —como, quizá, para muchos— el objetivo del proceso se circunscribe a la composición de los litigios, siendo la verdad un problema cuyo tratamiento resulta innecesario (o incluso inconveniente por las razones antes apuntadas).

Igual análisis procede frente a la obra de Adolfo Alvarado Velloso. La reluctancia que mana de sus escritos en relación con la figura de un juez “buscador de la verdad”, sale de una particular idea de lo que es el proceso (*rectius*: de la que es su función): un método de debate dialectico entre un pretensor y un resistente a la pretensión⁴⁴. Pero falta más: un método de debate organizado según el *sistema dispositivo*, en el que Alvarado Velloso condensa todas sus ideas procesales, caracterizado por la existencia de un juez *impartial* (exótico neologismo para designar la no calidad de parte del juez), *imparcial* e *independiente* de las partes procesales, quienes, en un estado de absoluta igualdad en cuanto a derechos, controlan todo el impulso del proceso⁴⁵. Por estas características, es que el autor ve en el modelo dispositivo de debate el máximo grado de garantía de las libertades⁴⁶.

Suerte distinta corre el modelo inquisitivo en las teorizaciones del señor Adolfo Alvarado Velloso: según él, el proceso inquisitivo, caracterizado por el protagonismo del juez en todas las fases procesales, revela por esta sola circunstancia su naturaleza totalitaria⁴⁷.

⁴³ CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Obra citada, pp. 9 – 10.

⁴⁴ Al respecto, Cf. ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Primera Parte. Reimpresión de la primera edición. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004, pp. 13 – 21.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 62 – 64.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 64.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 66.

En el marco resultante de las consideraciones antedichas, nos dice el autor lo siguiente en tratándose de la relación problemática entre la verdad y el proceso:

Durante casi toda la historia del Derecho —en rigor, hasta la adopción irrestricta del sistema inquisitivo como perverso método de enjuiciamiento, admitido políticamente y justificado filosófica y jurídicamente durante casi ¡seiscientos años!— se aceptó en forma pacífica y en todo el universo entonces conocido que el juzgador —actuando dentro de un sistema *dispositivo*— sólo le tocaba establecer en su sentencia la *fijación de los hechos* (entendiéndose por tal la definición de aquellos acerca de los cuales logró durante el proceso la *convicción de su existencia*, sin que preocupara en demasía a este sistema si los así aceptados coincidían exactamente con los acaecidos en el plano de la realidad social) y, luego, aplicar a tales hechos la norma jurídica correspondiente a la pretensión deducida.

La irrupción del sistema inquisitivo generó entre sus rápidamente números partidarios una acerba crítica respecto de esta posibilidad de no coincidencia entre los hechos aceptados como tales en el proceso y los cumplidos en la realidad de la vida social⁴⁸.

Es evidente que este autor ha tomado posición por el modelo dispositivo en perjuicio del sistema inquisitivo, calificando este último de “perverso” y, por lo mismo, destacando las ventajas del primero. Pero también por este motivo, ve el autor argentino un peligro de corte *totalitario* en las orientaciones doctrinales que defienden la búsqueda de la verdad dentro del proceso jurisdiccional. En últimas, Alvarado Velloso no ve en el proceso algo distinto a un dispositivo encaminado exclusivamente a la composición de conflictos concretos surgidos entre litigantes, por lo que le repugna expedientes normativos que tiendan hacia lo que con temor califica de “sistema inquisitivo”, que proyecta un modelo de proceso que va más allá de la sola composición de las litis.

Los análisis desplegados en relación con las opiniones de los autores citados permiten arribar a algunas conclusiones respecto del binomio *verdad-proceso jurisdiccional*. Si se acepta la tesis de Taruffo en cuanto a la *posibilidad teórica* del establecimiento de la verdad durante el trámite de un proceso jurisdiccional (y no aparecen razones que permitan dudar razonablemente de esta tesis), la discusión se desplaza a dos contextos distintos: el ideológico y el práctico.

⁴⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Tercera Parte. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2008, p. 23.

En relación con el problema ideológico, se observa que las doctrinas que rechazan la búsqueda de la verdad dentro del proceso (o, por lo menos, no la conciben como un objetivo principal del mismo), nacen en el seno de una ideología para la cual la función del proceso está delimitada en forma muy precisa: el proceso jurisdiccional existe para componer los conflictos que se presenten entre miembros de una colectividad organizada. De manera análoga, el problema de la verdad es acogido con gentileza en contextos ideológicos que ven en el proceso un instrumento garantizador de las políticas públicas contenidas en el derecho objetivo (o lo que es lo mismo: en ideologías procesales que trascienden —o niegan— la función compositora de conflictos atribuida al proceso). En esta clase de escenario, sólo podrá calificarse de correcta la aplicación de una norma jurídica al caso concreto (y, por este motivo, garantizando con fidelidad la política pública que viene al caso) si se verifica, previamente, la veracidad de los enunciados fácticos deducidos en el proceso y relativos a los hechos en los que se desarrolla el caso concreto.

Ahora bien: la cláusula constitucional que define a Colombia como un Estado Social de Derecho impide caracterizar al proceso jurisdiccional colombiano como un proceso (solamente) componedor de conflictos. De conformidad con lo expuesto por Damaska, este modelo procesal se gesta principalmente en los Estados Reactivos, encauzados en la idiosincrasia del *laissez faire - laissez passer*. El Estado Social de Derecho, por el contrario, es un modelo estatal surgido en respuesta de esta particular idiosincrasia. Independientemente de las peculiaridades que puedan predicarse del Estado Social⁴⁹, la verdad es que esta forma estatal se adecua a lo que Damaska denomina *Estado Activista*, en el que todo el aparato estatal dirige todos sus esfuerzos a la consecución de una serie de objetivos, desarrollados en el marco de unas políticas públicas, considerados *buenos* para la sociedad. Así las cosas, un Estado Social de Derecho —como el colombiano— no puede contentarse con un proceso que sirva únicamente de arena agonal de dos partes combatientes; necesita un proceso que sirva de instrumento promotor de las políticas públicas que abocan hacia la consecución de los *buenos* objetivos. Por lo mismo, puede concluirse que el proceso propio del Estado Social de Derecho colombiano es un proceso dirigido a la obtención de fines trascendentes de la composición de litigios,

⁴⁹ Al respecto, SOTELO, Ignacio. *El Estado Social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Madrid: Trotta, 2010.

siendo el establecimiento procesal de la verdad un objetivo *ideológicamente* justificado.

En cuanto al contexto práctico, el análisis del mismo es el objeto mismo de esta investigación. La ejecución de la misma pretende recoger elementos de juicio que permitan concluir si en el marco del proceso jurisdiccional colombiano, la decisión sobre la verdad de los enunciados fácticos deducidos en éste, es posible. Adviértase que el anterior no es un problema teórico (como se ha dicho, no se perciben motivos suficientes para rechazar el grupo de doctrinas que aceptan la posibilidad epistemológica de encontrar la verdad), ni ideológico (como se acaba de advertir, la Constitución ha resuelto el problema al calificar el Estado colombiano de Estado Social); es un problema práctico, ya que alude a las herramientas reales con las que los participantes del proceso jurisdiccional colombiano se enfrentan al problema de la verdad.

5.2.2. Garantías de la verdad.

Si la verdad es posible y necesaria en el proceso jurisdiccional, cabe preguntarse por las condiciones bajo las cuales es posible hallarla. Estas condiciones o *garantías* de la verdad en el proceso es de lo que se ocupará el presente apartado.

Debe iniciarse entendiendo correctamente la pregunta que inquiriere por tales garantías. Para tal efecto, es de gran utilidad la siguiente transcripción que se hace de un texto del profesor Ulfried Neumann⁵⁰:

Hoy en día nadie haría la pregunta “¿Qué es la verdad?”, en contra de la cual KANT dirige su burla, planteada de esa forma. Con justicia está desacreditada como esencialista. Eso significa que si se renuncia a un concepto de la realidad lleno de énfasis y difícil de asir, como el que subyace al discurso de la realidad del arte o de la “alta verdad” de una obra de arte determinada, la “verdad” debe comprenderse como una característica de las aserciones. Así, en lugar de la pregunta “¿Qué es la verdad?”, surge el interrogante mucho más modesto sobre bajo qué sentido y circunstancias las aserciones sin tener que esperar a ser tildadas de mentira, pueden ser calificadas de “ciertas”.

Si se traslada la reflexión citada a los contornos de esta investigación, podría reformularse el interrogante que hace al final el profesor Neumann

⁵⁰ NEUMANN, Ulfried. *La pretensión de verdad en el derecho y tres ensayos sobre Radbruch*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 14.

de la siguiente manera: ¿Bajo qué sentido y circunstancias puede decirse que en el marco de un proceso jurisdiccional han quedado verificadas, esto es, probadas como verdaderas, las aseveraciones que hacen las partes relativas a los hechos del litigio?

Una primera respuesta ya ha sido anticipada al consignar atrás algunas de las opiniones de Michele Taruffo. Como ya se ha expresado, Taruffo confina el problema de la verdad en el proceso jurisdiccional dentro de los márgenes de la probabilidad lógica, diciendo de ésta lo siguiente:

El núcleo esencial del concepto de probabilidad lógica es que éste no hace ninguna referencia a frecuencias estadísticas, sino que se refiere específicamente al grado de confirmación que un enunciado recibe de las inferencias basadas en las premisas que lo justifican. En términos procesales, esto significa que un enunciado relativo a un *factum probandum* es más o menos probablemente verdadero, en función de los elementos de confirmación que las pruebas adquiridas en el proceso le otorguen. En otros términos: la probabilidad de este enunciado está determinada por su grado de confirmación, y éste a su vez está determinado por los elementos de prueba que sean referibles al enunciado directa e indirectamente. Es en este sentido que debe entenderse correctamente la afirmación de que en el proceso puede considerarse “verdadero” lo que resulta probado y en la medida en la que resulte probado⁵¹.

La verdad de un enunciado, pues, depende de las pruebas que se refieren a él —concretamente: de las inferencias que puedan colegirse de las pruebas en relación con los hechos a probar— de donde se concluye que un proceso jurisdiccional estará guiado hacia la determinación de la verdad de las aseveraciones emitidas, siempre y cuando las decisiones sobre los hechos que en éste provea estén fundadas en la actividad probatoria desarrollada en su interior.

En este punto, sin embargo, se hace palpable un problema que Taruffo explica así:

Dado que la decisión sobre los hechos se basa en una elección de la descripción de los mismos que recibe de las pruebas un grado adecuado de confirmación lógica, se trata ahora de establecer en qué consiste y cómo se determina la adecuación del grado de confirmación que el juez debe tomar en consideración⁵².

⁵¹ TARUFFO, Michele. “Probabilidad y prueba judicial”, en: *Páginas sobre la justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, pp. 434 – 435.

⁵² TARUFFO, Michele. “Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos”, en: *ibidem*, p. 423.

Si verdadera es la hipótesis fáctica sobre los hechos del litigio que ha obtenido un mayor grado de confirmación a partir de las pruebas practicadas en un proceso, ¿Cómo se establece este grado de confirmación? Taruffo reconduce este interrogante hacia el concepto de *estándar de decisión*, entendiéndolo como un criterio, un patrón, una pauta que indica al juez cómo ha de tomar una decisión (en suma: una *regla de juicio*)⁵³.

Es posible que el legislador ponga a disposición de los operadores jurídicos esta clase de estándares, como es el caso del criterio de prueba *beyond any reasonable doubt*, expediente propio del proceso penal y afirmado ampliamente por los tribunales estadounidenses y consagrado de manera expresa en la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal Colombiano) en sus artículos 91⁵⁴, 101⁵⁵, 372⁵⁶. En materia procesal civil es el “libre convencimiento” (o como lo dice el legislador colombiano en el

⁵³ Sobre la idea de estándar de decisión en Taruffo confróntese: TARUFFO, Michele. *Ibidem*, pp. 423 – 425, 436 – 438; *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 246 – 252.

⁵⁴ **Artículo 91. Suspensión y cancelación de la personería jurídica.** En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.

Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento **más allá de toda duda razonable** sobre las circunstancias que las originaron.

⁵⁵ **Artículo 101. Suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente.** En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías dispondrá la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro cuando existan motivos fundados para inferir que el título de propiedad fue obtenido fraudulentamente.

En la sentencia condenatoria se ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos cuando exista convencimiento **más allá de toda duda razonable** sobre las circunstancias que originaron la anterior medida. (Nota: El aparte resaltado en sepia en este inciso fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-60 de 2008, que también declaró executable condicionalmente el aparte señalado en negrilla en la misma sentencia.).

⁵⁶ **Artículo 372. Fines.** Las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, **más allá de duda razonable**, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.

artículo 187 del Código de Procedimiento Civil: las “reglas de la sana crítica”⁵⁷) el estándar normativo habitual en materia procesal civil.

Este criterio, que pone en cabeza del juez la decisión final sobre el valor de las pruebas practicadas en un proceso (excluyendo para este efecto al legislador o, por lo menos, poniéndolo en plano inferior), corre el peligro de interpretarse como una “patente de corso” para la arbitrariedad judicial en materia de interpretación de la actividad probatoria (y, consecuentemente, para la decisión sobre los hechos del proceso). Para evitar este insano entendimiento del criterio, Taruffo propone el uso de un estándar extrajurídico que él denomina la *probabilidad prevalente*, el cual, en términos sintéticos, se traduce en la siguiente indicación:

(...) en presencia de varias hipótesis relativas a la existencia o inexistencia de un hecho, es racional elegir la hipótesis que sobre la base de las pruebas haya adquirido el grado relativamente más elevado de confirmación lógica⁵⁸.

En otra parte, Taruffo se pronunció al respecto en los siguientes términos:

En el contexto de la probabilidad lógica y de la relación hipótesis/elementos de prueba, en el que es racional que hipótesis contradictorias o incompatibles adquieran grados de confirmación *independientes* sobre la base de los respectivos elementos de prueba, el único criterio racional de elección de hipótesis que resulta *más aceptable* es el que se basa en la relación entre los distintos valores de probabilidad lógica y privilegia la hipótesis caracterizada por el valor más elevado. Debe escogerse, en resumen, la hipótesis que reciba el apoyo *relativamente* mayor sobre la base de los elementos de prueba conjuntamente disponibles. Se trata, pues, de una elección relativa y comparativa dentro de un campo representado por *algunas* hipótesis dotadas de sentido, por ser, en distintas formas, probables, y caracterizado por un número finito de elementos de prueba favorables a una u otra hipótesis. No obstante, se trata también de una elección racional, precisamente por ser relativa, dado que consiste únicamente en individualizar la alternativa más fundamentada en una situación de incertidumbre definida por la presencia de distintas hipótesis significativas⁵⁹.

Ahora bien: según Taruffo, el criterio de la probabilidad prevalente es, en realidad, el resultado de la combinación de dos reglas distintas: la regla del

⁵⁷ La idea de la “sana crítica” será analizada más adelante. En este estado de la exposición se procura exclusivamente exponer el pensamiento de Taruffo.

⁵⁸ TARUFFO, Michele. “Verdad y probabilidad en la prueba de los hechos”, en: *Páginas sobre la justicia civil*, obra citada, p. 424.

⁵⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Obra citada, pp. 299 – 230.

“más probable que no” y la regla de la “prevalencia relativa” de la probabilidad. La primera, en palabras de Taruffo, indica que

Es racional elegir, con respecto a un enunciado de hecho, la hipótesis que esté confirmada por un grado mayor que la hipótesis contraria. Si la hipótesis positiva (es decir, la de la verdad del enunciado) es más probable que la hipótesis negativa (es decir, la de la falsedad del enunciado), entonces el juez debe elegir la hipótesis positiva; pero en cambio deberá elegir la hipótesis negativa en caso de que la falsedad del enunciado resulte más probable. Si la hipótesis positiva resulta fundada en algún elemento de prueba, pero éste no es suficiente para fundar la probabilidad lógica prevaleciente de esa hipótesis, el juez debe concluir que el hecho no ha sido probado y decidir en consecuencia⁶⁰.

La segunda regla, por su parte, se refiere

(...) al caso en que sobre el mismo hecho existan diversas hipótesis, es decir, diversos enunciados que narran el hecho de formas distintas, que hayan recibido alguna confirmación positiva de las pruebas aportadas al proceso (es decir, se toman en consideración sólo aquellas hipótesis que hayan resultado “más probables que no”, de forma que las hipótesis negativas prevalecientes no importan). Así pues, si existen distintos enunciados sobre el mismo hecho que han obtenido confirmación probatoria, la regla de la prevalencia relativa impone que el juez escoja como “verdadero” el enunciado que haya recibido el grado relativamente mayor de confirmación sobre la base de las pruebas disponibles⁶¹.

En resumen: para Taruffo, las condiciones y circunstancias bajo las cuales es posible afirmar la verdad de una aseveración emitida en el proceso jurisdiccional y relativa al litigio que enfrenta a las partes están determinadas por criterios de probabilidad lógica, especialmente del estándar de la *probabilidad prevalente*, el cual señala que frente a las diversas hipótesis positivas (de existencia) o negativas (de inexistencia) que pueden formularse en relación con los hechos del proceso (hipótesis que son formuladas por las partes procesales en la etapa introductora del proceso) se preferirá aquella que esté confirmada por mayores elementos probatorios.

⁶⁰ TARUFFO, Michele. “Probabilidad y prueba judicial”, en: *Páginas sobre la justicia civil*. Obra citada, p. 437.

⁶¹ TARUFFO, Michele. “La prueba del nexo causal”, en: *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, p. 276.

Una fuerte resonancia de las antedichas consideraciones se encuentra en la obra de la profesora Marina Gascón Abellán, ya mencionada en este texto⁶². Según ella, concluir que el conocimiento judicial de los hechos sólo es posible en términos de probabilidad, no implica necesariamente tener que acudir a modelos estadístico-matemáticos de la probabilidad, pese a que se ha optado por esta solución (con pobres resultados finales)⁶³.

Siguiendo los pasos del finado filósofo británico Lawrence Jonathan Cohen, la profesora Gascón Abellán se ocupa de la llamada “probabilidad inductiva”, en la que ve una alternativa a la probabilidad matemática de la que desmerece su utilidad en el campo judicial. Es así como establece que, en el campo del proceso, la decisión sobre la existencia de un hecho sólo es posible a partir del grado de conformación de una hipótesis en cuestión, o lo que es lo mismo: a partir de las conclusiones a las que haya llegado a partir de los elementos de prueba recaudados dentro del trámite procedimental y sometidos al método de refutación enseñado por Cohen.

En relación con este método, Gascón Abellán dice lo siguiente:

A partir del concepto de apoyo inductivo de una generalización, Cohen desarrolla una lógica de la probabilidad inductiva destinada a fundar la corrección de la regla de prueba de una hipótesis. Tal construcción constituye en realidad una versión sofisticada y sistematizada de la inducción eliminativa defendida por Bacon y Mill, consistente en contrastar hipótesis rivales bajo controles apropiados y eliminar las que sean contradichas por las pruebas. El razonamiento es básicamente el siguiente. Las generalizaciones que sirven de base a una inferencia inductiva en el campo judicial (por lo común “máximas de la experiencia”) son leyes causales del tipo “su sucede A *normalmente* sucede B”. Ese “normalmente” es precisamente lo que hace aceptable inferir de un caso particular del antecedente un caso particular del consecuente. Pero estas generalizaciones no son exactas: habitualmente se cumplen, pero son refutadas cuando no se dan en el caso particular las circunstancias que presuponen su aplicación correcta. La “regla de prueba” (correcta) que propone Cohen para evaluar la probabilidad inductiva de una hipótesis consiste en comprobar que en el caso particular no concurren circunstancias concretas que excluirían la aplicación de la regla general: no basta con que las pruebas disponibles proporcionen un alto grado de apoyo a la hipótesis; es necesario, además, que permitan excluir hipótesis alternativas. Muy simplemente, cada razón para dudar de la aplicabilidad de la regla general al caso concreto debe ser excluida⁶⁴.

⁶² En lo que sigue a continuación, se tomará como punto de referencia el libro *Los hechos en el derecho*, citado y referenciado anteriormente en sendas ocasiones.

⁶³ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La prueba de los hechos*. Obra citada, p. 173.

⁶⁴ *Ibídem*, pp. 175 – 176.

A partir de estas premisas, la autora concluye que una hipótesis determinada es aceptable (o lo que es lo mismo: *verdadera*) sólo si ha sido suficientemente confirmada por las pruebas obrantes en el proceso y, sobre todo, no refutada por las mismas⁶⁵. Esto quiere decir lo siguiente:

La probabilidad inductiva de una hipótesis (el nivel de confirmación de la misma a partir de los elementos de prueba disponibles) aumenta o disminuye en grados estimables bajo los siguientes criterios: el fundamento cognitivo y el grado de probabilidad expresado por las generalizaciones usadas, la calidad epistemológica de las pruebas que confirman las hipótesis, el número de pasos inferenciales realizados con ocasión de una confirmación y la cantidad y variedad de pruebas o confirmaciones⁶⁶.

Con base a lo anterior, Marina Gascón Abellán presenta la siguiente serie de apotegmas:

- El grado de probabilidad de una hipótesis es directamente proporcional al fundamento y al grado de probabilidad expresado por las regularidades o máximas de experiencia usadas en la confirmación⁶⁷.
- La probabilidad de una hipótesis es tendencialmente mayor cuando viene confirmada por constataciones o conclusiones que cuando viene confirmada por hipótesis⁶⁸.
- La probabilidad de una hipótesis es menor cuanto mayor sea el número de pasos que componen el procedimiento probatorio que conduce a su confirmación⁶⁹.
- La probabilidad de una hipótesis aumenta con la cantidad y la variedad de las pruebas que la confirman⁷⁰.
- No existen pruebas suficientes. Cualquier prueba relevante es necesaria, y, por tanto, debería ser admitida⁷¹.

⁶⁵ Ibídem, p. 179

⁶⁶ Ibídem, p. 180.

⁶⁷ Ibídem.

⁶⁸ Ibídem, p. 181.

⁶⁹ Ibídem, p. 182.

⁷⁰ Ibídem, p. 183.

Estos *corolarios probatorios* pueden explicarse de manera sucinta: resulta evidente que el grado de probabilidad de las generalizaciones o máximas de la experiencia utilizadas para conectar la hipótesis con las pruebas, incide en la verificación de la hipótesis, así como que no todas las generalizaciones tienen el mismo grado de confirmación. Igualmente, se entiende con facilidad porque la calidad epistemológica de las pruebas que conforman las hipótesis determina el grado de confirmación de la misma: una prueba débil genera una confirmación débil, dejando que la hipótesis siga como hipótesis y no como conclusión. Asimismo, el nivel confirmatorio de una hipótesis es inversamente proporcional al número de pasos constitutivos de la cadena de inferencias requerida para arribar a la conclusión frente a la hipótesis: entre más inferencias haya que realizar para llegar a la conclusión (entre más conexiones entre diversas hipótesis haya que efectuar antes de llegar a la conclusión buscada), menos grado de confirmación tendrá la hipótesis que se pretende probar. Con todo, entre más y diversas pruebas confirmen una hipótesis, mayor será su peso probatorio. Por tal motivo, habrá de admitirse el mayor grado de elementos de prueba, pues a más elementos, mayores las posibilidades de confirmar correctamente una hipótesis.

Pero no debe olvidarse el requisito de la no-refutación. Antes de concluir que una hipótesis ha sido confirmada, es necesario verificar si la misma no es refutada por las pruebas disponibles. Así, Gascón Abellán se propone un apotegma más:

- Es necesario ofrecer la posibilidad de refutar las hipótesis (requisito de la contradictoriedad)⁷².

Todo lo anterior lleva a la profesora española a la siguiente conclusión (que a la vez sirve de recapitulación de lo expuesto):

En suma, el juicio de aceptabilidad de una hipótesis es un juicio sobre su confirmación y no refutación. De manera que si la hipótesis no es confirmada por las pruebas disponibles, debe abandonarse. Pero si es confirmada, debe someterse aún a refutación examinando los posibles hechos que —de existir— invalidarían (o harían menos probable) la hipótesis. Si finalmente la hipótesis no resulta refutada,

⁷¹ Ibídem.

⁷² Ibídem, p. 184.

porque no existen tales pruebas, puede entenderse verificada; si, por el contrario, tales pruebas existen, debe abandonarse⁷³.

En línea argumentativa muy similar a la Michele Taruffo y Marina Gascón Abellán, se encuentra la obra del profesor Jordi Ferrer Beltrán⁷⁴, de la es posible extraer algunas reflexiones en torno a las condiciones bajo las cuales es posible afirmar que en un determinado sistema jurídico — específicamente: un sistema jurídico-probatorio— es posible determinar la verdad de los enunciados fácticos que describen los hechos del caso.

Que para este autor existe, desde una perspectiva teleológica, una innegable relación entre la prueba y la verdad, es algo que no se pone en duda. Prueba de ellos son las siguientes palabras:

Parece razonable sostener que el éxito de la intervención de las partes en la fase de prueba, aportando medios de prueba, etc., se produce si logran convencer al juez de que su “descripción” de los hechos (su historia, si se prefiere) es verdadera. Con ello, estarán en buenas condiciones de ganar el caso. En cambio, no parece que se pueda decir que en este caso, sin más, ha funcionado con éxito la institución jurídica de la prueba. Si una de las funciones principales del derecho es la regulación de la conducta, el cumplimiento de esta función requiere que en el proceso se apliquen las consecuencias jurídicas previstas en las normas si, y solo si, se han producido efectivamente los hechos condicionantes de esas consecuencias. Por ello, la prueba como actividad tiene la función de comprobar la producción de esos hechos condicionantes o, lo que es lo mismo, de determinar el valor de la verdad de los enunciados que describen su ocurrencia. Y el éxito de la institución de la prueba jurídica se produce cuando los enunciados sobre los hechos que se declaran probados son verdaderos, por lo que puede sostenerse que la función de la prueba de la prueba es la determinación de la verdad sobre los hechos⁷⁵.

Pero: ¿Cómo garantizar la *verificación* de los hechos en el proceso (o mejor: cómo garantizar una determinación racional de la verdad de los enunciados que describen la existencia de los hechos)? Para responder a esta pregunta, comienza el académico español proponiendo una distinción entre los diversos momentos de la actividad probatoria —a saber: la formación de los elementos de juicio con el que se tomará la decisión, la

⁷³ Ibídem, p. 185.

⁷⁴ Se toman como puntos referenciales de la obra del profesor Ferrer Beltrán los siguientes trabajos: FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 2005; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

⁷⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Obra citada, pp. 71 – 72.

valoración de la prueba y la decisión de los hechos probados⁷⁶— pasando luego a concentrarse en cada uno de ellos de manera independiente, analizando respecto de los mismos las condiciones para que, a la postre, sea posible sostener que la decisión del juez está fundada en afirmaciones que puedan calificarse de verdaderas.

En lo que respecta al primer momento, esto es: al de la formación del conjunto de los elementos de juicio, cabe decir que éste se traduce en la adopción y utilización de medios tendientes a suministrarle al juez los elementos de juicios con los cuáles ha de decidir si una determinada aseveración de las partes es cierta o no. Como dice Ferrer Beltrán:

(...) el desarrollo del proceso judicial, a través de la proposición y práctica de las pruebas debe permitir conformar un conjunto de elementos de juicio que apoyen o refuten las distintas hipótesis sobre los hechos del caso⁷⁷.

En esta sede cobran particular importancia los conceptos de *relevancia* y *admisibilidad*, los cuales actúan como filtros en la recolección de las pruebas. Siguiendo a Taruffo, Ferrer Beltrán afirma que un elemento de juicio aportado por una prueba es relevante para la decisión sobre la verificación de un enunciado de hecho determinado,

(...) si, y solo si, permite fundar en él (por sí solo o conjuntamente con otros elementos) una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar⁷⁸.

Partiendo de esta idea de relevancia, consigna el profesor español una premisa fundamental: ha de diseñarse un proceso jurisdiccional que facilite la incorporación de la máxima cantidad de elementos de juicio relevantes⁷⁹. Pero hace una advertencia: en principio (pues, el autor admite ciertas

⁷⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Obra citada, pp. 41 - 49, 67 y ss.

⁷⁷ *Ibídem*, pp. 41 - 42.

⁷⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. obra citada, p. 71. En este texto se alude expresamente al siguiente texto: TARUFFO, Michele. *La prueba*. obra citada, p. 38 (epígrafe 20). En este apartado Taruffo dice, entre otras cosas, lo siguiente: “La relevancia es un estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos del litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos”.

⁷⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Ibídem*, p. 68.

excepciones⁸⁰⁾ no existen razones de orden epistemológico que justifiquen la exclusión de pruebas pertinentes⁸¹⁾, o lo que es lo mismo: desde un punto de vista epistemológico, no existe razón alguna para aplicar, en el marco de un proceso jurisdiccional, una regla de exclusión de pruebas que sean relevantes⁸²⁾.

Pero al respecto el autor hace una anotación: existe un peligro al permitir el ingreso al proceso de cualquier prueba relevante, a saber: que el exceso de información dificulte la interpretación de la misma. Las pruebas redundantes que sean allegadas o practicadas en el proceso, dirigidas a confirmar o reforzar una prueba anterior, aportan poco material confirmatorio o refutatorio de los enunciados que describen los hechos de los litigios, pero implican un mayor trabajo interpretativo para el juez, pues éste tendrá que considerar estas nuevas pruebas, aún cuando se limiten únicamente a ratificar lo dicho por otra anterior. En palabras del profesor español:

Si la corroboración de una hipótesis nunca es absoluta, entonces nuevas pruebas confirmatorias (y refutadoras, claro) pueden ser siempre relevantes. Pero a partir de un determinado punto de equilibrio, la incorporación de nuevas pruebas confirmatorias supone un grado adicional de corroboración muy pequeño, mientras crece el peligro de desborde en el manejo de la información por parte del juzgador. En ese punto, se justificaría lógicamente la exclusión de la prueba⁸³⁾.

Con todo, de la exposición del autor se extrae una conclusión preliminar: todo elemento de juicio relevante para verificar los enunciados fácticos de las partes de un proceso, debe ser admitido en el mismo. Con esto se arriba al concepto de *admisibilidad*. Al respecto, Ferrer Beltrán dice lo siguiente:

En el epígrafe recién concluido he pretendido mostrar la vigencia, con algunas excepciones, del principio general de que cualquier elemento de juicio relevante para la adopción de una decisión debe ser admitido como prueba en el proceso

⁸⁰⁾ El autor menciona algunas reglas de exclusión de pruebas relevantes que, en su concepto, tendrían algún sustrato epistemológico (tales como la prohibición de aportar pruebas en segunda instancia o el privilegio reconocido a los periodistas según el cual no están obligados a revelar sus fuentes informativas). Estos planteamientos no están libres de críticas, pero no se presentarán en este apartado para conservar el orden y la coherencia en la exposición de las ideas.

⁸¹⁾ *Ibidem*, p. 73.

⁸²⁾ *Ibidem*, p. 81.

⁸³⁾ *Ibidem*, p. 76.

judicial. Entiendo que este principio general se justifica epistemológicamente en la medida en que garantiza la mayor probabilidad de que los enunciados que se declaren probados coincidan con la verdad, hay una razón adicional, este vez jurídica, que justifica la adopción de ese principio: el derecho de prueba, como parte del derecho a la defensa, que muchas constituciones y tratados internacionales conceden a todo ciudadano⁸⁴.

Sin embargo, es claro que la averiguación de la verdad no es el único objetivo que persigue el proceso jurisdiccional: junto con él, existen otras finalidades que, al guiar la actividad jurisdiccional, entran en conflicto con la determinación de la verdad. Es en este contexto de tensión donde entran en juego las llamadas *reglas de exclusión*.

Estas reglas, que parten de hipótesis normativas en las que la determinación de la verdad entorpecería o impediría del todo la consecución de otros objetivos que han de ser también honrados en el seno de la actividad jurisdiccional, ordenan la exclusión del proceso de pruebas relevantes. En cierto que existen ciertas reglas de exclusión que, por el contrario, pretenden tener alguna fundamentación epistemológica (tal es el caso de la prohibición del testigo de referencia, la prohibición de conocer los antecedentes penales del enjuiciado en un proceso penal, etcétera⁸⁵). Con independencia de las objeciones que pueden esgrimirse frente a esta supuesta fundamentación epistemológica, la verdad es que la mayoría de las reglas de exclusión de pruebas relevantes no encuentran su sustrato en razones epistemológicas, pues, se insiste, buscan objetivos distintos (en incluso contrarios) a la verdad.

Frente a esto, la posición de Ferrer Beltrán es la siguiente:

Para evaluar en cada caso si este tipo de reglas de exclusión están justificadas, habrá que juzgar su racionalidad teleológica atendiendo a su adecuación como medios para alcanzar los fines a los que responden. Y, además, evaluar, dado que entran en conflicto con la finalidad de la averiguación de la verdad, si están disponibles otros medios para alcanzar esos fines que no conlleven a este conflicto (evitando así la regla de exclusión)⁸⁶.

⁸⁴ Ibídem, p. 77.

⁸⁵ Ibídem, p. 85 y ss. Confróntese también: TARUFFO, Michele. *La prueba*. Obra citada, pp. 41 – 56.

⁸⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. Ibídem, p. 79.

Si bien en este punto Ferrer Beltrán no hace alusión expresa al *principio de proporcionalidad*, es claro que se deja entrever, en relación con el proceso jurisdiccional y la actividad probatoria, el contexto conflictivo dentro del cual opera el mencionado principio. Más adelante se profundizará al respecto.

En tratándose del segundo momento de la actividad probatoria —la valoración de la prueba— el autor en comentario lleva la discusión, de manera análoga a lo hecho por Michele Taruffo, al mundo de la probabilidad y, también con Taruffo, advierte que el concepto de *lo probable* es definido desde distintas escuelas de pensamiento. En términos muy generales, distingue dos ideas de probabilidad (si se quiere: dos clases distintas de probabilidad), dependiendo si se asume como probable un suceso o una proposición.

La probabilidad aplicada a sucesos o acontecimientos

(...) mide la frecuencia con la que el evento se produce en una sucesión dada de acontecimientos, tendencialmente infinita. Estamos aquí ante una probabilidad frecuentista o estadística, que da origen a cálculos matemáticos de la probabilidad (...) Por otra parte, es ésta una noción objetiva de probabilidad, pues que mide el número de posibilidades de que un suceso ocurra comparado con el número de posibilidades de que no ocurra, y no los estados mentales subjetivos de sujeto alguno⁸⁷.

Por otro lado, la probabilidad relativa a proposiciones

(...) gradúa las posibilidades de que una determinada proposición sea verdadera⁸⁸.

Ahora bien: dejando de lado la extensa y profunda reflexión que hace el autor en relación con esta última clase de probabilidad —llamada también probabilidad *subjetiva*, en contraposición a la probabilidad estadística u *objetiva*— pues de lo contrario el presente trabajo se saldría de su curso preestablecido al plantear el problema, debe decirse que a los ojos del profesor español esta clase de probabilidad admite diversas variantes, siendo una de ellas la llamada probabilidad inductiva, desarrollada ampliamente, como ya se ha mencionado, por el profesor Lawrence Jonathan Cohen. En este punto y con el objetivo de aclarar las ideas de

⁸⁷ Ibídem, p. 94.

⁸⁸ Ibídem, p. 94.

Ferrer Beltrán, son útiles las palabras de otro académico español, el profesor Jordi Nieva Fenoll, en relación con la denominada probabilidad inductiva:

(...) la probabilidad es conceptuada por Cohen en el sentido de que el resultado de la misma sea demostrable. Es decir, que se habla de “probabilidad” no como una inferencia intuitiva a través del uso tosco de máximas de experiencia, o bien de cálculos meramente estadísticos que tratan de refrendar —con frecuencia vanamente— esa intuición. Se concluye que es probable solamente aquello que es demostrable. Esto es, que no se considera probable lo que en un juicio intuitivo o estadístico nos parezca verosímil, sino solamente aquellos que pueda demostrarse a través de hechos tangibles⁸⁹.

Sin tomar una postura radical (esto es: sin negar la utilidad que puede prestar una u otra clase de probabilidad en contextos distintos), Ferrer Beltrán se inclina a creer que en la probabilidad inductiva se encuentra la clave para comprender la dinámica de la valoración judicial de las prueba. Sin ánimo de desmerecer de la obra que se comenta, conviene remontarse dicho algunas líneas atrás al acometer el análisis de la obra de Taruffo, pues no se advierten diferencias de peso entre las posturas de estos dos autores.

El último momento de la actividad probatoria, según Jordi Ferrer Beltrán, es la decisión sobre los hechos probados. Comienza el autor a tratar este tema con las siguientes palabras:

(...) el punto de partida de este capítulo fue que nunca una metodología inductiva nos habilitaría para adquirir certezas acerca de la verdad de una hipótesis. Por ello, necesitamos dar un paso más para estar en condiciones de decidir si vamos a considerar probada una hipótesis sobre los hechos en el proceso judicial; es imprescindible fijar el umbral a partir del cual aceptaremos una hipótesis como probada. Es decir, debemos determinar el grado de probabilidad suficiente para dar por probada la hipótesis. Y para ello no podemos, por cierto, acudir a una simple cuantificación numérica de esa probabilidad, una vez se ha rechazado la aplicabilidad de la probabilidad matemática pascaliana como esquema de razonamiento probatorio⁹⁰.

Es así como se llega, una vez más, al problema de los estándares de prueba. El profesor Ferrer Beltrán sólo se anima a elaborar un estándar probatorio para el proceso penal; con todo (y quizá en contravía de los

⁸⁹ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 102.

⁹⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Obra citada, p. 139.

planteamientos del mismo autor), en este trabajo se considera que tal estándar cabe o, por lo menos, no estorba en el ámbito del proceso civil. Tal estándar se concreta en dos puntos: 1) la hipótesis formulada a partir de los elementos de juicio recaudados y valorados sobre la veracidad de los hechos del proceso, debe explicar, de manera coherente y contrastada, tanto los datos disponibles como los que pueden desprenderse de tal hipótesis; 2) todas las demás hipótesis, elaborables a partir de los mismos elementos de juicio, deben haber sido refutadas antes de poder escoger una hipótesis en concreto⁹¹.

Las posiciones defendidas por el profesor Ferrer Beltrán y presentadas en forma sintética en este escrito, se encuentran en armonía con las del profesor Taruffo. La averiguación de la verdad ha de ser el objetivo institucional de la actividad probatoria; pero una vez admitido esto, resulta indispensable saber cuáles son las condiciones bajo las cuales es posible decidir la verdad de una aseveración emitida en el seno de un proceso. Para Jordi Ferrer Beltrán, estas condiciones comienzan a vislumbrarse si se comienza por distinguir cada una de las etapas de la actividad probatoria, pues cada una de estas etapas implica distintas exigencias en relación con el objetivo final: la determinación de la verdad.

En línea similar se encuentra la obra de un autor ya citado: Jordi Nieva Fenoll. Él se permite proponer una teoría en la que sienta las bases para una correcta valoración de la prueba, pues en esta etapa el autor ve el camino hacia la determinación de la verdad en el proceso jurisdiccional.

Para comenzar, repárese en lo que dice precisamente en relación con el problema de la verdad:

(...) en ocasiones no es preciso, ni tan siquiera posible, alcanzar esa verdad para poder dictar sentencia. Y en este punto es en el que la doctrina ha percibido la necesidad de determinar una finalidad metafísica a la prueba. Y ahí se ha empezado a hablar de la verdad, de la verosimilitud, de la convicción judicial, etc., intentando recoger lo mejor de las últimas disquisiciones filosóficas sobre el concepto de verdad, cuya lectura es ciertamente interesante e ilustrativa, pero que no tiene eficacia práctica en el proceso, sino quizás en el planteamiento teórico de partida de la verdad como fin de la prueba. Pero, a decir verdad y con el máximo respeto, creo que todo ello no es más que darle vueltas a una misma constatación sobre la que nadie duda: que en el proceso no siempre se obtiene la verdad.

⁹¹ FERRER BELTRÁN Jordi. *Ibidem*, p. 147; NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. obra citada, p. 105.

Ahora bien, saliendo de la categoría filosófica, entiendo que como finalidad material de la prueba sí que puede apuntarse la averiguación de la verdad. Es cierto que las partes no siempre pretenden que la verdad resplandezca, porque lo que invariablemente desean es ganar el proceso, con independencia de cuál fue la verdad de los hechos, que muchas veces permanece ignota incluso para los abogados, cuando no para las partes, porque todas ellas pueden tener diferentes interpretaciones del mismo suceso, o recordarlo de buena fe de forma distinta. Pero aun y así, no creo que centrar el objetivo de la prueba en la averiguación de la verdad al proceso en ningún riesgo de tornarse injusto jurídica o incluso políticamente hablando, salvo que se utilice la discusión filosófica del concepto de la verdad como punto de partida de una descalificación política, o se anude inseparablemente la persecución de la verdad a un sistema autoritario como el soviético, cuando en realidad ello no fue auténticamente así.

(...)

El mayor acercamiento posible a la verdad es lo que suele dar una imagen más correcta de la justicia, aunque sea en forma intuitiva. Por supuesto no siempre es así, pero suele ser así, porque cualquiera que fuere la concepción que tengamos de la Justicia, evidentemente no está basada en un error⁹².

Independientemente de las imprecisiones conceptuales del autor en algunos de los giros utilizados (¿finalidad metafísica? ¿Finalidad material?), es perfectamente comprensible su posición: la verdad puede establecerse como finalidad institucional de la prueba judicial. ¿Cómo se consigue, entonces, esa verdad?

Nieva Fenoll propone, para tal efecto, partir de una adecuada valoración de la prueba, la cual, en su gusto, depende de cinco condiciones: la formación de los jueces en materia probatoria, la conservación de la imparcialidad, la correcta recopilación de toda la prueba, la activa participación del juez en la práctica de la prueba y la imprescindible motivación de la valoración probatoria⁹³.

En lo que se refiere a la formación de los jueces, el autor comienza criticando la tradición: sólo se ha enseñado el aspecto procedimental de la prueba⁹⁴. Las siguientes palabras sintetizan el planteamiento:

⁹² NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. obra citada, pp. 147 – 148.

⁹³ *Ibidem*, pp. 151 – 208.

⁹⁴ Debe tenerse en cuenta que esta crítica es lanzada por el autor en razón de su experiencia con un contexto específico (el español). Si esta crítica cabe hacerla para la

Tradicionalmente, el estudio de la prueba se ha realizado al hilo de una exégesis de los preceptos legales sobre la misma. Poquísimas veces se ha ido más allá. Se ha citado jurisprudencia durante la explicación, se ha teorizado sobre la verdad, sobre la carga de la prueba y sobre las máximas de la experiencia, y realmente un poco más. Sólo los autores que han estudiado en profundidad la actividad presuntiva del juez han abordado directamente, aunque sólo en parte, el razonamiento judicial en la valoración de la prueba. Pero en lo que se refiere al resto de actividad probatoria que no se cifra, el estudio de la valoración ha permanecido en terreno prácticamente desértico⁹⁵.

Esta clase de instrucción en materia probatoria, antes de ser útil, resulta insuficiente para enfrentar todos los problemas que la actividad probatoria trae consigo, en especial en lo referente con la valoración de la misma. Por tal motivo, propone un nuevo modelo educativo en materia probatoria, el cual, si bien imposible de exponer exhaustivamente, puede describirse de la siguiente manera: consta de dos grandes capítulos —*bloques* los llama el autor—: *la averiguación de los hechos y la credibilidad*. En el primero de los bloques, se abordaría el problema de la identificación de los hechos que han de ser verificados dentro del proceso; en el segundo, se enseñaría *cómo y por qué* no todos los resultados de la actividad probatoria son fiables⁹⁶.

En este punto, aún sin haber profundizado en el modelo educativo propuesto por este profesor español, es clara una primera conclusión: una adecuada valoración de la prueba (garante de la consecución de la verdad dentro del proceso jurisdiccional) comienza con una correcta preparación académica del juez, o lo que es lo mismo: con un acercamiento profundo por parte de este funcionario a todos los problemas conceptuales que entraña la Teoría de la Prueba.

La conservación de la imparcialidad es, según el autor en comento, la segunda condición de una recta valoración probatoria. Al respecto, Nieva Fenoll propone el siguiente interrogante: ¿Qué sucede (en el campo de la prueba) cuando el juez pierde su imparcialidad? A lo que responde:

experiencia colombiana es algo que no se puede responder en este espacio, pues es una pregunta que desborda los límites de esta investigación.

⁹⁵ NIEVA FENOLL, Jordi, *ibídem*, p. 154.

⁹⁶ *Ibídem*, pp. 158 – 164.

Que el juzgador, en realidad, ya no tiene en cuenta su percepción para motivar la sentencia de forma coherente a lo percibido. De ese modo, puede obrar de dos maneras distintas: o bien trata de recoger aspectos puntuales y sesgados de esa percepción para sustentar un resultado probatorio que sabe de antemano que es inadecuado; o bien, pero aún, una vez que es parcial deja ya de “percibir” realmente, y ve solamente lo que quiere ver⁹⁷.

Aquí la expresión *percepción* juega un papel clave, pues previamente el autor ha definido la valoración de la prueba como la *actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso*⁹⁸. Pues bien: un juez parcializado es un juez que deja de ocuparse debidamente de las pruebas, lo que significa, entre otras cosas, la anulación de la posibilidad fundar la providencia judicial en enunciados verificados.

Así las cosas, el aseguramiento de la verdad en el proceso pasa por el aseguramiento de la imparcialidad del juez. Problema nada fácil para este autor:

(...) hay que reconocer que una vez relacionado el concepto de valoración de la prueba con el de imparcialidad, lo cierto es que el control de su mantenimiento es muy difícil de obtener hasta las últimas consecuencias, lo que resulta ciertamente frustrante. Pero es el resultado de la falibilidad humana, y ante ello sólo cabe proceder como se ha indicado: en principio a través de actuaciones preventivas procediendo a la enseñanza del juez en materia del trasfondo (sic) psicológico de la parcialidad; pero también con la debida formulación de conclusiones a cargo de las partes, una vez practicada la prueba. Sin fallar estos dos mecanismos, sólo quedará intentar la crítica de la valoración probatoria a través de los recursos⁹⁹.

La correcta recopilación de toda la prueba es la tercera condición que propone Nieva Fenoll. En este punto, el autor se muestra partidario de una actitud activa por parte del juez en la recolección del material probatorio. Dice al respecto:

Parece obvio que no es incompatible entender la prueba como una oportunidad de defensa de las partes, pero también como una actividad destinada a generar convicción judicial. Y siendo así, parece razonable que todos los actores implicados en la prueba, el juez y las partes, puedan participar en la misma. Diferente sería el caso si el poder del juez anulara el de las partes, pero no porque ello hiciera al juez parcial, porque podría ser perfectamente imparcial a pesar de ello. El problema es

⁹⁷ Ibídem, p. 175.

⁹⁸ Ibídem, p. 34.

⁹⁹ Ibídem, p. 178.

que se produciría un menoscabo del derecho de defensa inconciliable con las garantías que hoy anudamos al debido proceso¹⁰⁰.

Sin embargo, propone el autor, pensando en cómo la actividad judicial en tratándose de la recolección de la prueba puede ser de utilidad en lo que se refiere a una correcta interpretación de la prueba (y con ella, a la consecución de la verdad en el proceso), que el juez sólo use sus facultades probatorias una vez haya conocido el material probatorio aportado por las partes. Sólo así, dice, el juzgador estará en mejores condiciones de decidir la necesidad de oficiar pruebas no suministradas por las partes (evitando así que su obrar sea o parezca sesgado)¹⁰¹.

Pero no basta que el juez participe en la recolección del material de prueba: la cuarta condición de una adecuada valoración de la prueba radica en que el juez, además de servir en la recopilación de las pruebas, ha de participar activamente en la práctica de las mismas. Incluso en este punto resalta Nieva Fenoll la calidad de *condición* para una correcta valoración de la prueba la participación del juez en la práctica de la misma, pues considera que la misma no se resuelve en un problema de conveniencia, si no de necesidad: sólo habrá percibido correctamente si está *allí*, en el momento mismo en que la prueba se descubre, atento a la revisión de las fuentes de prueba, buscando comprender plenamente lo que ellas comunican¹⁰².

Finalmente, la imprescindible motivación de la valoración de la prueba aparece como la quinta condición de una correcta valoración de la prueba. En este punto, es difícil entender por qué es entendida la motivación como una condición (o base, en la terminología estrictamente utilizada en el texto que viene citándose) de la valoración de las pruebas. Quizá en este punto las ideas del profesor Nieva Fenoll no han sido formuladas de manera clara, porque no puede ser una condición *stricto sensu* de la valoración de la prueba el acto a través del cual se manifiesta la misma, esto es: la motivación.

Empero, es posible admitir que la instauración del deber de un *deber de motivación de las providencias* redunda provechosamente en el ámbito de la estimación probatoria. En efecto: al deber motivar el sentido final de su

¹⁰⁰ Ibídem, p. 187.

¹⁰¹ Ibídem, 188.

¹⁰² Ibídem, p. 194 y ss.

sentencia, el juez está obligado a poner primeramente en orden sus ideas, lo que en el campo de la prueba significa organizar los resultados obtenidos con toda la actividad probatoria desplegado dentro del proceso¹⁰³. Sólo poniendo orden sobre un conjunto de información que fue apareciendo de manera dispersa a lo largo del trámite procedimental, es posible sopesar correctamente el valor de una u otra prueba. Además, al introducir el autor la regla según la *cual lo que no se puede motivar legítimamente, no existe*¹⁰⁴, propone implícitamente un modelo valorativo de la prueba que incita al juez a servirse sólo de aquellas pruebas que, al momento de motivar la providencia judicial, pueda exhibirlas como fuentes legítimas para la verificación de los hechos.

De las consideraciones hechas por el profesor Nieva Fenoll, no sobra resaltar una vez más lo siguiente: para él, el momento determinante para la verdad en el proceso jurisdiccional es el de la valoración de la prueba. La adecuada o inadecuada estimación del valor probatorio de una determinada fuente de prueba en relación con el problema de la verdad dentro del proceso, pasa por las técnicas interpretativas que el juez implemente. Desde este punto de vista, la determinación de la verdad es un problema (o mejor: una responsabilidad) de orden judicial, apareciendo los jueces como los garantes de la verdad en el proceso. Modelos legislativos de la valoración de la prueba (*enfoques estrictamente jurídicos* es la expresión usada por el académico español¹⁰⁵), son vistos como insuficientes, cortos, útiles sólo para completar la formación del juez en materia de *máximas de la experiencia*¹⁰⁶, mas no para afrontar las exigencias probatorias propias de cualquier proceso.

La exposición de las teorías formuladas por los autores antedichos ha buscado principalmente demostrar que es posible teorizar sobre las condiciones que permiten calificar de verdadera una aseveración de parte sometida al procedimiento de prueba. Pero además, el contenido total desarrollado hasta el momento en este marco teórico, ha permitido generar un ambiente propicio para la definición de aquéllas que serán consideradas, para efectos del presente trabajo, las *garantías de la verdad dentro del proceso*.

¹⁰³ Ibídem, p. 198.

¹⁰⁴ Ibídem, p. 208.

¹⁰⁵ Ibídem, p. 96 y ss.

¹⁰⁶ Ibídem, p. 98.

Sea lo primero afirmar que el concepto de verdad que se asume en este espacio es el de *verdad como correspondencia*. Tal y como lo afirma la profesora Gascón Abellán¹⁰⁷, es éste el modelo conceptual sobre la verdad que refleja con mayor fidelidad lo que sucede (*rectius*: lo que debe suceder) en el ámbito del proceso jurisdiccional. Al juez se le pide que provea una norma jurisdiccional en forma de sentencia frente a unas situaciones fácticas concretas que, en definitiva, tienen que haber ocurrido. Decisiones sobre la veracidad de un hecho basadas en la conveniencia pragmática de tales decisiones o en el acuerdo previo al que se haya llegado en una determinada comunidad, son decisiones posibles (que quizá se presenten en uno u otro ordenamiento jurídico positivo específico), pero ajenas a las expectativas que el aparato jurisdiccional genera entre los asociados de un Estado concreto. Estas expectativas son de un tenor muy claro: las aseveraciones sobre hechos emitidas por las partes en el seno de un proceso y tomadas por el juez como supuesto fáctico de su sentencia, deben corresponderse con los hechos efectivamente ocurridos, pues de lo contrario, la decisión jurisdiccional estaría afincada en falacias.

Esta manera de ocuparse de la verdad en el campo del proceso, es propia de la forma de Estado en la que se inserta nuestro ordenamiento jurídico. Siendo Colombia un Estado Social de Derecho por disposición constitucional expresa, se inserta en lo que Damaska llama Estados Activistas, en los que el Estado juega un rol fundamental en la dirección de sus ciudadanos (distinto a los Estado Reactivos, en los que por el contrario el Estado no se propone encauzar a sus asociados hacia ninguna clase de objetivo)¹⁰⁸. El Estado colombiano se caracteriza por *deber* instrumentalizar sus recursos hacia la consecución de unas metas consideradas oficialmente *buenas*, para lo cual, entre otras cosas, es necesario reforzar la aplicación del Derecho mediante la actividad desplegada por los órganos jurisdiccionales, pues el Derecho es entendido como el mejor camino hacia las metas propuestas. Pues bien: la aplicación correcta del Derecho con miras a su reforzamiento, depende de la verificación exacta de las condiciones en las que ha de aplicarse, lo que implica, en últimas, la averiguación de la verdad.

¹⁰⁷ Vid. Supra, núm. 5.2.1

¹⁰⁸ Vid. Supra, núm. 5.2.1

La correspondencia entre *realidad* y *aseveración* sólo es “medible” en términos probabilísticos. Pero entrados en el ámbito de las probabilidades, son varias las clases de ellas (varias las maneras de entender la idea de *lo probable*), haciéndose necesario decidir cuál de todas se adecua con mayor precisión a las necesidades de la justicia procesal. Así, mientras algunos seguido el rumbo que les indica la denominada probabilidad cuantitativa¹⁰⁹, en la que criterios de orden matemático entran en acción para definir la frecuencia de ocurrencia de un hecho determinado, otros —en quienes se ha creído para elaborar esta investigación— han preferido trasegar el camino de la llamada probabilidad lógica. De acuerdo con este último criterio, la probabilidad de ocurrencia de un hecho depende del material probatorio disponible. O lo que es lo mismo: decidir si un determinado acontecimiento ha sucedido *de verdad*, es un problema que sólo se resuelve con las pruebas que se tengan en un lugar y momento determinados.

Sentado que es verdadera la aseveración hecha por la parte de un proceso en relación con un hecho (esto es: que sea verdadera su *hipótesis fáctica* sobre los hechos del litigio), según las pruebas disponibles que sirvan para confirmar en diversos grados tal aseveración, surge un interrogante mayor ¿Cómo se establece este grado de confirmación? o también: ¿cuáles son las condiciones bajo las cuales es posible afirmar que una hipótesis fáctica ha sido verificada en un grado determinado?

Como se ha visto con la lectura de los autores citados, la averiguación de la verdad de una afirmación se encuentra supeditada a una serie de *garantías*. Si no se verifican tales garantías en el seno de un ordenamiento jurídico, no es posible afirmar que las decisiones jurisdiccionales proferidas dentro de éste, estén siempre soportadas por la veracidad de sus fundamentos fácticos (que no son otros que los hechos afirmados y discutidos por las partes).

Estas garantías dependen del momento específico en el que se encuentre el juez respecto de la prueba. Estos momentos son básicamente dos: el de

¹⁰⁹ Una exposición clara de esta forma de entender la probabilidad, así como una indicación exhaustiva de los autores que han visto en la probabilidad cuantitativa una clave para entender el razonamiento judicial probatorio, se encuentra en TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Obra citada, pp. 190 – 223.

recopilación de los elementos de prueba y el de valoración de los mismos¹¹⁰.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, es posible afirmar que las garantías en la etapa de la recopilación probatoria para la determinación de la verdad de los hechos afirmados, son las siguientes:

- El límite natural de la *admisibilidad* de una prueba es su *relevancia* o *pertinencia*, en un doble sentido: deberán admitirse todas las pruebas relevantes, pero sólo podrán admitirse las pruebas relevantes. Otros límites a la admisibilidad de la prueba deberán pasar por el filtro del *principio de proporcionalidad*.
- Durante las etapas de recolección y práctica de las pruebas, es necesaria una actitud activa por parte del juez. Por actitud activa ha de entenderse la participación del juez en la ejecución de tales etapas, haciéndose a cargo desde el inicio de las mismas de las pruebas que van dirigidas a él. No ha de olvidarse que la actividad probatoria tiene como receptor fundamental al juez y, por tanto, debe él estar atento del principio. En pocas palabras: en la medida de lo posible, no debe haber diferencia entre el funcionario judicial que presencia la formación del material probatorio y el juez que decide posteriormente su valor. Esta garantía puede condensarse en lo que podría llamarse *principio de inmediación probatoria*¹¹¹.
- Debe garantizarse el *principio del contradictorio*; esto es: debe otorgarse la posibilidad a las partes de discutir las hipótesis que ellas mismas formulan y controvertir las fuentes de prueba aportadas.

¹¹⁰ Sin dudas los momentos que conforman la actividad probatoria son mucho más que dos y una analítica de los mismos será necesaria más adelante. Sin embargo, en esta sede de la exposición es posible reducir tales momentos a los que se indican.

¹¹¹ Respecto del clásico principio de la inmediación, Chiovenda dice lo siguiente: “el principio de la *inmediatezza* de las actividades procesales consiste en que las partes se comunican directamente entre sí y con el juez que debe proveer, y el juez se comunica directamente con las partes y con las demás personas que intervienen en el proceso (testigos, etc.)”, en: CHIOVENDA, José. Principio de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Madrid: Reus S.A., 2000, p. 182. La *inmediación probatoria* alude, entonces, al ideal de *relación directa* que debe verificarse en un proceso determinado entre el juez y las pruebas.

En el momento de la valoración, las garantías de la verdad son las siguientes:

- Deben quedar plenamente identificados los hechos a probar dentro del proceso, para lo cual se hace necesaria una correcta interpretación por parte del juez de las aseveraciones fácticas emitidas por las partes dentro del proceso.
- El juez debe identificar las hipótesis que, con base al material probatorio recaudado, son posibles formular dentro del proceso
- Posteriormente, debe escoger la hipótesis confirmada por un número mayor y/o mejor de pruebas. Para tal efecto, deberá consultar el ordenamiento jurídico en búsqueda de criterios que le indiquen como realizar tal elección (estándares de prueba). En caso de no encontrar tales criterios, no tendrá otra opción que sopesar los méritos de las pruebas en relación con las hipótesis formuladas con base a criterios metanormativos, debiendo garantizar la licitud de tales criterios y la conveniencia de su utilización.
- Finalmente, debe el juez expresar toda la actividad valorativa realizada en la parte motiva de la sentencia, dejando claro los criterios utilizados para darle valor a las pruebas.

Los apartados que siguen son, en gran medida, desarrollo conceptual de estas garantías. Saber si el ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano es idóneo para la determinación de la verdad, significa decidir si en el mismo se presentan estas garantías. No se pretende afirmar que las antedichas sean las únicas garantías de la verdad: indudablemente es posible formular otras (precisamente es lo que hacen los autores citados). A pesar de lo anterior, para efectos del presente trabajo, es necesario delimitar los criterios bajo los cuales se considerará que puede calificarse de cierta una hipótesis fáctica formulada dentro de un proceso. Tal delimitación queda hecha con los parámetros antedichos.

5.3. La prueba y su regulación jurídica.

5.3.1. La polisemia de la prueba.

El análisis de los enunciados fácticos deducidos en el proceso —sobre los cuales, se ha dicho, es teóricamente posible e ideológicamente oportuno decidir sobre su veracidad— desemboca en la idea de *prueba* (o lo que es lo mismo: la determinación de la verdad de una aseveración procesal, pasa por la prueba).

¿Qué es la prueba? Es un lugar común en la doctrina probatoria de siempre (clásica y contemporánea) iniciar el estudio de la prueba con una advertencia: ésta es imposible definir unívocamente, ya que la expresión prueba, como otras en el Derecho, es ambigua. En efecto: un intento de exposición de la equivocidad inherente a la idea de prueba se encuentra en *La prueba civil* de Carnelutti, obra en la que su autor dice lo siguiente:

En este punto, creo que ha de hacerse una advertencia en el campo terminológico, que no cabría retardar sin ciertas probabilidades de confusión en daño del lector.

De la estructura del proceso probatorio examinada hasta aquí resultan tres órdenes de elementos diversos: un *hecho a probar* (*objeto de la prueba*); una *actividad* del juez (percepción, deducción: *medio de prueba*) y un *hecho* (o una serie de hechos) *exterior* (hecho que sirve para la deducción: *f fuente de prueba*). Entendida la prueba como comprobación de la verdad del hecho o como fijación formal del mismo, es el resultado del empleo del *medio* o *medios indicados* sobre el *objeto* (percepción del hecho a probar) o sobre la *f fuente* de ella (percepción del hecho diverso al hecho a probar); la actividad del juez y los hechos que sirven para la deducción se encuentran, por tanto, respecto de la prueba, en una verdadera relación instrumental.

Por desgracia, esta distinción tan neta suele indicarse en el lenguaje jurídico con un mismo vocablo: prueba, tanto el resultado como cada uno de los medios del proceso probatorio¹.

Distingue Carnelutti en este texto tres sentidos distintos en los que se usa la expresión prueba. Indudablemente, tanto las expresiones usadas como los significados atribuidas a éstas por el autor son susceptibles de crítica; pero, aún así, ha sido proyectada la dificultad capital que acompaña todo examen del concepto *prueba*: su polisemia.

¹ CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*, obra citada, p. 199.

Una conclusión semejante se colige de la lectura de las siguientes palabras de Salvatore Satta:

El término prueba, que pertenece al lenguaje común, jurídicamente tiene dos aspectos: el primero, que puede decirse estático, es el de ente o medio decisivo o relevante para la certeza de un hecho. En este sentido la prueba, y su regulación, pertenecen seguramente al derecho sustancial que, así como había establecido a quién incumbe la carga de la prueba, también establece cuáles sean los medios o los entes de los cuales resulta la certeza, qué grado, y bajo qué condiciones, brinden de certeza, los límites dentro de los cuales la certeza puede ser requerida a determinados entes o medios, y así por el estilo. La certeza, luego, es la prueba considerada como resultado, según la característica de equivalencia que la palabra tiene en el uso común.

(...)

El segundo aspecto de la prueba es el dinámico, o sea en relación a la efectiva verificación de un hecho: y este aspecto se puede llamar como propiedad procesal, porque la verificación del hecho se produce en el proceso; más precisamente porque el objeto de la verificación es el hecho que se alega en el proceso como constitutivo o extintivo de un derecho. Esta verificación presupone por lo tanto una duplicidad de sujetos: uno que alega un hecho (objetivamente, un hecho alegado) y uno que comprueba el hecho (objetivamente, un juicio). El hecho alegado resulta cierto a través de la representación que el primero determina, y logra determinar en el segundo. Procesalmente la prueba (como resultado) es esta representación: pero se llama prueba también la operación por la cual la representación tiende a determinarse. Las pruebas estáticamente consideradas por el derecho sustancial son los medios (o las fuentes) de la representación, pero no solamente éstas².

La posición de Satta, similar a la de Carnelutti en lo que respecta a la equivocidad del término “prueba”, es más compleja que la de su antecesor, puesto que parte de una distinción no realizada por el maestro italiano: la prueba como fenómeno estático-sustancial y la prueba como fenómeno dinámico-procesal. Independientemente de la opinión que merezca esta tesis, está claro que parte de la polisemia connatural al concepto de prueba que se quiere resaltar en este espacio.

Otro ejemplo se encuentra en las palabras del teórico lituano Jerzy Wróblewski:

El término “prueba” es polisémico en la lengua del derecho y, en consecuencia, a veces en la lengua de la dogmática jurídica.

² SATTA, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Séptima edición (primera edición en español). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, pp. 183 – 184.

Las significaciones más importantes son las siguientes:

Prueba 1 como razonamiento en el que el *demonstrandum* está justificado por un conjunto de expresiones lingüísticas (las “pruebas 2”) de las que se deduce por medio de una serie finita de operaciones.

Prueba 2 como expresión lingüística (proposición o valoración) que constituye la base de la “prueba 1”.

Prueba 3 como actividad de una persona que formula la “prueba 2”.

Prueba 4 como el objeto que sirve de fundamento de la “prueba 2”³.

Al respecto, vale la pena destacar la capacidad analítica del autor, que lo ha llevado a distinguir cuatro significaciones distintas de la palabra prueba, confirmándose —no obstante las críticas que sobre tal distinción sea posible realizar— que la definición de la prueba es necesariamente compleja, exigiendo la consideración de realidades distintas (aunque en muchos casos relacionadas).

Lluís Muñoz Sabaté, comentando una definición de prueba dada por Santiago Sentis Melendo, dice lo siguiente:

La precedente definición compendia un tanto las tres principales direcciones con que habitualmente se ha enfocado el concepto de prueba, según se ponga su acento en el factor *resultado* (prueba equivalente conceptualmente a evidencia), en el factor *medios* (la prueba como instrumento) o en el factor *actividad* (la prueba equivalente a búsqueda de las fuentes y al desarrollo y optimización de los medios)⁴.

Más clara es la manera como el profesor argentino Antonio Dellepiane abordaba la condición multívoca de la prueba:

La primera dificultad con que se tropieza al abordar el estudio de la prueba judicial, nace de la diversidad de acepciones de, vocablo prueba en el derecho procesal. Úsasele. Desde luego, en el sentido de *medio de prueba*, o sea para designar los distintos elementos de juicio, producidos por las partes o recogidos por el juez, a fin de establecer la existencia de ciertos hechos en el proceso (prueba de testigos, prueba indiciaria). En segundo lugar, entiéndese por prueba la *acción de probar*, de

³ WRÓBLEWSKI, Jerzy. “La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación”, en: *Sentido y hecho en el derecho*. México D.F.: Fontamara, 2003, p. 233.

⁴ MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Introducción a la probática*. Barcelona: Bosch, 2007, p. 12.

hacer la prueba, como cuando se dice que el actor incumbe la prueba de los hechos por él afirmados: *actor probat actionem*; con lo cual se preceptúa que es él quien debe suministrar los elementos de juicio o producir los medios indispensables para determinar la exactitud de los hechos que alega como base de su acción, sin cuya demostración perderá su pleito. Por último, con la voz prueba se designa también el fenómeno psicológico, el estado del espíritu producido en el juez por los elementos de juicio antes aludidos, o sea la convicción, la *certeza* acerca de la existencia de ciertos hechos sobre los cuales ha de recaer su pronunciamiento.

En este sentido se dirá que hay prueba o que no la hay. Con lo último se entiende significar no que no existan en el expediente elementos de juicio acumulados (medios de prueba, primera acepción), ni tampoco que no se los haya rendido por los litigantes (segunda acepción), sino que dichos elementos son insuficientes para determinar la convicción, o, lo que es igual, que no existe en el magistrado el estado de conciencia llamado certeza, en razón de haber sido insuficientes, para provocar dicho estado de espíritu, los elementos de juicio que se reunieron⁵.

Sin salirse del contexto latinoamericano, es posible encontrar otras opiniones relativas a la cuestión en comento. El argentino Hugo Alsina, por ejemplo, manifiesta lo que sigue:

a) En su acepción lógica, probar es demostrar la verdad de una proposición, pero en su significación corriente expresa una operación mental de comparación. Desde este punto de vista, la prueba judicial es la confrontación de la versión de cada parte con los medios producidos para abonarla. El juez trata de reconstruir los hechos valiéndose de los datos que aquéllas le ofrecen o de lo que puede procurarse por sí mismo en los casos en que está autorizado para proceder de oficio. La misión del juez es por eso análoga a la del historiador, en cuanto ambos tienden a averiguar cómo ocurrieron las cosas en el pasado, utilizando los mismos medios o sea los rastros o huellas que los hechos dejaron.

b) En la técnica procesal la palabra prueba tiene otras acepciones. Se la usa a veces para designar los distintos medios o elementos de juicio ofrecidos por las partes o recogidos por el juez en el curso de la instrucción; y se habla así de prueba testimonial, instrumental, inspección ocular, etc. Otras veces se la refiere a la acción de probar y se dice entonces que al actor corresponde la prueba de su demanda y al demandado la de sus defensas. Por último, designa el estado de espíritu producido en el juez por los medios aportados y en este sentido un hecho se considera o no probado según que los elementos de juicio sean o no considerados suficientes para formar la convicción de aquél, pues las partes pueden haber producido en los autos abundante prueba sin lograr producir con ella esa convicción⁶.

⁵ DELLEPIANE, Antonio. *Nueva teoría de la prueba*. Quinta reimpresión de la novena edición. Bogotá: Temis, 2003, pp. 7 – 8.

⁶ ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo II. Reimpresión de la primera edición. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1982. Pp. 171 – 172.

Por su parte, Roland Arazi dice que:

El vocablo “prueba” es, generalmente, utilizado para designar los distintos medios con los cuales puede ser acreditada la existencia de un hecho; en tal sentido, decimos prueba de testigos, prueba de peritos, etcétera. Pero “probar” es algo más; el significado de tal vocablo comprende una compleja actividad de los sujetos encaminada a demostrar la existencia o las cualidades de personas o cosas⁷.

En el contexto nacional, se encuentran estudios sobre la prueba que tienen en cuenta el fenómeno de la polisemia, verbigracia la de Hernando Devis Echandía, en la que se dice lo siguiente:

Si se considera que las dos primeras acepciones del término [la prueba], estudiadas en el número anterior, pueden reunirse en un solo punto de vista objetivo y formal; que la cuarta agrupa aquellas y la tercera, y que las quinta y sexta son usos inapropiados del término, pero que contemplan en todo caso el aspecto formal (en cuanto se refiere al objeto probado o a la actividad externa para producir prueba), excepto el último, que comprende además la actividad subjetiva de apreciación del contenido sustancial de los medios empleados, fácilmente se deduce, como lo hace Florián, que son tres los aspectos que presenta la noción: su *manifestación formal*, es decir, los medios utilizados para llevarle al juez el conocimiento de los hechos, como testimonios, documentos, indicios, etc. (primera y segunda acepciones); su *contenido sustancial*, que es mejor denominar esencial, o sea las razones o motivos que de esos medios se deducen a favor de la existencia o inexistencia de los hechos (cuarta acepción); su *resultado subjetivo* o el convencimiento que con ellas se trata de producir en la mente del juzgador (tercera, cuarta y sexta acepciones) y en este sentido el juez concluye si hay o no prueba de determinados hechos⁸.

Si bien la cita que antecede supone el conocimiento de una serie de acepciones que el autor ha identificado previamente en torno a la prueba y que en el presente texto no se han traído a colación (porque no hacen falta para comprender el argumento), y aún cuando el sentido de la conclusión a la que arriba Devis Echandía pueda ser puesta en entredicho, la idea central expresada por el abogado colombiano es clara: la expresión prueba, ni siquiera en el reducido contexto del Derecho (dejando de lado otros contextos en los que el concepto de prueba tiene un papel protagónico) es definible con una acepción única e inequívoca.

⁷ ARAZI, Roland. *Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo I. Segunda edición. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2004. P. 325.

⁸ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Quinta edición. Bogotá: Temis, 2002, pp. 19 – 20.

Las transcripciones antecedentes se han plasmado con dos objetivos distintos. El primero, demostrar la premisa inicial: el vocablo prueba es usado de manera ambigua en el contexto del Derecho Procesal (y también fuera de él). El segundo, exponer la falta de consenso que existe en la teoría procesal en relación con los significados de las pruebas. Cada autor, tomando como punto de referencia el ordenamiento jurídico en el que se asienta o, por el contrario, pretermitiendo cualquier referencia al mismo y, en su defecto, considerando criterios distintos (derecho comparado, derecho histórico, teoría del conocimiento, etcétera), propone su propia *analítica de la prueba*.

Para efectos de la presente investigación, partiendo del análisis realizado por quien escribe de las definiciones antedichas, así como sirviéndose de la experiencia que como profesional del derecho ha adquirido a lo largo de su práctica forense, se entenderá que la expresión prueba aludirá a los siguientes conceptos:

En primer lugar, la prueba se entenderá como *verificación*. Desde este nivel de significado, la prueba se identifica con el concepto de *proof* propio del *common law*⁹. Aquí, la expresión prueba alude a la conclusión a la que llega el juez en relación con cada uno de los enunciados fácticos formulados por las partes del proceso; por tanto, la expresión prueba en este contexto indica un acto exclusivo del juez: al acto de probar o verificar. Lo que el juez prueba —el *objeto de prueba u objeto de la verificación*— no es otra cosa que las aseveraciones de las partes: afirmaciones emitidas por éstas a *título de verdad*¹⁰. De allí que pueda decirse que este primer sentido dado a la expresión prueba, se resuelve en la verificación que hace el juez de las aseveraciones expresadas por las partes relativas a los hechos del litigio que las enfrenta.

En segundo lugar, la expresión prueba referirá a la *f fuente de la verificación judicial*. También se encuentra en este punto parangón en el *common law* con su concepto de *evidence*¹¹, el cual apunta a los datos, las circunstancias, los conocimientos, las informaciones, los *elementos de*

⁹ Al respecto, cf. TARUFFO, Michele. *La prueba*. Obra citada, pp. 33 - 35; GASCÓN ABELLÁN, Marina, Obra citada. P. 85.

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo III*. Primera reimpression de la primera edición. Buenos Aires: UTHEA, 1993, p. 23 y ss.; TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Obra citada, pp. 61 y ss.

¹¹ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Ibídem.

*juicio*¹², etcétera, que sirven para constatar la veracidad o falsedad de las aseveraciones de las partes. Estos elementos de juicio *pueden* ser allegados al proceso o producidos en éste por cuenta de las partes o por iniciativa del juez. Lo que se quiere decir es que la naturaleza de la *fente de prueba* no depende de la ideología que un ordenamiento jurídico concreto destile frente las iniciativas probatorias de las partes y del juez del proceso.

En tercer lugar, se tiene el concepto de *medio de prueba*. Esta acepción de la prueba se refiere al instrumento por vía del cual se comunica la fuente de prueba al juez, o lo que es lo mismo: a la herramienta de comunicación que sirve para transmitir los elementos de juicio. Se colige, entonces, que entre el medio y la fuente probatoria media una profunda diferencia, visible si se advierte que ambos términos se encuentra unidos por una relación de *continente-contenido*: el medio contiene a la fuente. Esta distinción es importante, entre otras cosas, porque sirve para comprender algunos eventos posibles en el proceso: un medio de prueba (verbigracia: un documento) puede comunicar varias fuentes de prueba; mientras que es viable, también, que sólo después de la apreciación de diversos medios de prueba (de haber sido escuchada la declaración de varios testigos, por ejemplo), se extraiga la fuente de prueba necesaria. Ahora bien: tal y como se concluye de la simple lectura de los enunciados normativos del Código de Procedimiento Civil colombiano relativos a la materia (en especial, su artículo 175), los medios de prueba no son otra cosa que *porciones del mundo exterior: hombres y cosas*¹³, que sirven de entes comunicantes en tratándose de las fuentes de prueba.

Finalmente, la expresión prueba, usada en el marco del proceso jurisdiccional, indica la *actividad* desarrollada por los sujetos del proceso, dirigida, por un lado, a que se ponga en conocimiento del juez los elementos de juicio comunicados por los medios de prueba, y por otro,

¹² Al respecto, resulta útil considerar las siguientes palabras de Jordi Ferrer Beltrán: "(...) a los efectos de la decisión jurídica el conjunto de elementos de juicio que podrá y deberá ser tomado en consideración está formado únicamente por las pruebas aportadas y admitidas al proceso, no pudiéndose tomar en cuenta, por parte del órgano decisor, aquellas informaciones o elementos de juicio de los que disponga <<privadamente>> (...)", FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 42.

¹³ La expresión es de Cernelutti. Al respecto. Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo II*. Primera reimpresión de la primera edición. Buenos Aires: UTHEA, 1993, p. 403.

para que éste verifique, luego de valorar el material probatorio recaudado, las aseveraciones de las partes. Por motivos propedéuticos, es posible afirmar que este conjunto de actos de condensan en un procedimiento que ocurre en una etapa procesal que puede denominarse *etapa instructiva* o simplemente *instrucción*. Sin embargo, un análisis serio de la actividad probatoria, arrojará la siguiente conclusión: tal actividad probatoria es desplegada desde el inicio del proceso hasta el momento en que el juez pronuncia sentencia.

La regulación jurídica de la prueba, o lo que es lo mismo, el *Derecho Probatorio*, puede estar dirigido a cualquiera de estos aspectos del fenómeno probatorio, o incluso, a todos por igual. Empero, la distinción en los significados de la expresión prueba, nos aboca a una distinción ulterior: la que es necesario considerar en relación con su regulación jurídica. En efecto: regular la prueba como medio (establecer los requisitos de admisibilidad de un documento, prescribir las condiciones que debe tener el testigo al momento de rendir testimonio, etcétera), exige del legislador juicios y actitudes distintas a las necesarias en tratándose, por ejemplo, de la prueba como verificación, que implicaría toda una disciplina para la actividad valorativa realizada por el juez de las fuentes de prueba recogidas a lo largo de un proceso determinado. Por ese motivo, el concepto de Derecho Probatorio adquiere una fisonomía compleja, sobre la cual es menester reflexionar a continuación.

5.3.2 El ordenamiento jurídico probatorio.

La pregunta que guía esta investigación es aquélla que inquiere sobre la idoneidad del ordenamiento jurídico colombiano —específicamente: lo que se ha denominado *ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano*— para la determinación de la verdad de los hechos aseverados en el marco de un proceso civil. Cabe preguntarse, a este respecto, por la naturaleza del susodicho ordenamiento jurídico, o lo que es lo mismo, debe responderse antes de seguir adelante con el presente trabajo la siguiente pregunta: ¿Qué es el ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano?

Se advierte, no obstante, que la solución que se dará a este primer interrogante, será una solución *instrumental* en relación con este trabajo, toda vez que la misma se propondrá con miras a ser utilizada en esta empresa investigativa. En una palabra: la definición de la idea de

ordenamiento jurídico probatorio, estará guiada por la batuta que imprime el problema fijado como núcleo de la presente labor.

Así las cosas y retomando ideas plasmadas en el acápite donde se ha planteado el problema, puede definirse el ordenamiento jurídico probatorio colombiano como un conjunto de normas jurídicas reguladoras del fenómeno probatorio que se presenta en los procesos jurisdiccionales colombianos. Esta definición —sin lugar a dudas susceptible de críticas y retroalimentaciones— debe precisarse en los términos que siguen a continuación:

En primer lugar y acudiendo para este efecto al profesor Riccardo Guastini¹⁴, puede decirse que, en el lenguaje habitual de los juristas, un ordenamiento (o sistema jurídico) es un conjunto de normas *válidas*, concluyéndose que un ordenamiento jurídico probatorio es un conjunto de normas *válidas* reguladoras de la prueba como fenómeno jurídico. No es habitual encontrar en el discurso de los juristas afirmaciones según las cuales un ordenamiento jurídico puede estar conformado por normas inválidas. Pero exactamente ocurre así: un ordenamiento o sistema jurídico es un conjunto de normas que bien pueden ser válidas o inválidas

Para entender lo antedicho, basta considerar que una *norma válida* no es lo mismo que una *norma existente*. Una norma determinada puede existir (o dicho de otro modo: pertenecer a un conjunto de normas determinadas u *ordenamiento jurídico*) y adolecer de invalidez (sea porque no se produjo conforme a las normas de producción del ordenamiento o porque su contenido es contradictorio en relación con normas que, dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, se califican de superiores). Es evidente que una norma, aún en franca contradicción con otra norma de jerarquía superior (la Constitución por ejemplo), o creada con violación de las normas que regulan la creación de normas, pertenece al ordenamiento hasta el instante en que es expulsada del mismo mediante cualquiera de los mecanismos que existen para tal efecto. Una norma inválida puede ser excluida del ordenamiento (y si la invalidez es de orden constitucional, en Colombia es posible incluso dejar de aplicar la susodicha norma en virtud de la institución de la *excepción de inconstitucionalidad*, derivada del

¹⁴ GUASTINI, Riccardo. “Ordenamiento jurídico: un concepto problemático”, en: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999. pp. 343 – 355.

artículo 4 de la Constitución Política¹⁵), pero mientras esto no suceda, la norma pertenece al mismo, de allí que sea posible encontrarse ordenamientos jurídicos con componentes (normas) inválidos.

En este trabajo, se han considerado las normas existentes, aún cuando pueda predicarse la invalidez de las mismas. Sólo se dejará de lado si la misma es extraída del ordenamiento jurídico por una autoridad competente para tal efecto (sea por derogación de parte del Legislador o por declaratoria de inconstitucionalidad de parte de los Tribunales competentes: Corte Constitucional o Consejo de Estado).

Una segunda anotación al respecto de la definición dada al concepto de ordenamiento jurídico probatorio, también extraída de consideraciones presentadas por el profesor Riccardo Guastini¹⁶, alude a la diferencia existente entre las normas y los enunciados normativos. Al respecto, el jurista italiano dice lo siguiente:

En realidad en el lenguaje jurídico común, el vocablo “norma” es usado habitualmente de forma absolutamente irreflexiva, sin problematizar en exceso. En particular, la forma habitual de expresarse no distingue netamente entre textos normativos (las disposiciones, que son objeto de interpretación) y las normas propiamente dichas (los significados de las disposiciones, que son, en cambio, el producto de la interpretación). La omisión de esta distinción es lamentable, dado que oscurece el fenómeno de la disociación entre los textos y las normas: esto es, el hecho de que todo texto normativo es susceptible de una pluralidad de interpretaciones¹⁷.

Esta distinción pone sobre relieve un interrogante más: ¿La expresión ordenamiento jurídico (o lo que es lo mismo para los efectos que interesan aquí: la expresión ordenamiento jurídico probatorio colombiano) debe entenderse como un conjunto de normas *stricto sensu* o un conjunto de enunciados normativos? Guastini expresa este problema en los siguientes términos:

(...) si se quiere configurar los ordenamientos como conjuntos de normas, entonces es necesario revisar las nociones corrientes de acto normativo y de fuente del derecho. En particular, en la clase de los actos normativos debería también ser incluida la interpretación, ya que la legislación, en rigor, no produce propiamente

¹⁵ Al respecto consúltese: HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. *Poder y Constitución. El actual constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Legis, 2001, pp. 57 – 77.

¹⁶ GUASTINI, Riccardo. “Ordenamiento jurídico: un concepto problemático”, obra citada.

¹⁷ *Ibidem*, p. 346.

normas sino únicamente disposiciones, textos normativos: las normas no surgen de la legislación sino más bien de la combinación entre la legislación y la interpretación.

Si, en cambio, se quiere continuar excluyendo la interpretación de la clase de los actos normativos, es conveniente concebir los ordenamientos jurídicos como conjuntos no ya de normas sino más bien de disposiciones normativas (en espera de interpretación)¹⁸.

En lo que respecta a la presente investigación, se entenderá por ordenamiento jurídico probatorio un conjunto de normas jurídicas en sentido estricto, esto es: un conjunto conformado por el producto de la combinación entre el texto legislativo y la interpretación dada al mismo. Pero se aclara que la interpretación de la disposición legal que se tendrá en cuenta de manera principal en la ejecución del trabajo será la realizada por el investigador, quien es un operador jurídico (como cualquier otro ciudadano) capaz de interpretar los mensajes legislativos. Sólo por excepción —cuando en criterio de quien escribe sea imprescindible— se acudirá a interpretaciones deducidas por terceros, sean éstas de académicos o contenidas en la jurisprudencia nacional.

Con todo, se advierte qué los enunciados normativos que habrán de tenerse en cuenta al momento de determinar el conjunto normativo conformador del sistema jurídico probatorio civil colombiano, son los contenidos principalmente en el Código de Procedimiento Civil y textos complementarios y modificatorios del mismo. También por excepción —cuando se considere imprescindible por parte del investigador— se acudirá a legislaciones distintas, tales como el Código Civil, puesto que en éstas se encuentran disposiciones que deben ser consideradas con miras a la recta interpretaciones de fórmulas incluidas en la codificación procesal. Por este motivo, el concepto de ordenamiento probatorio que se intenta delimitar debe estrecharse un poco más, aclarándose que el conjunto de normas que conciernen a este ejercicio académico serán aquellas extraídas de la interpretación que se haga de enunciados de naturaleza civil y procesal civil.

Un tercer elemento a considerar en tratándose de la definición del concepto de ordenamiento que aquí importa es de carácter *espacial*. Como lo denota el propio título de la investigación, ésta estará circunscrita al

¹⁸ Ibídem, pp. 347 – 348.

derecho colombiano, o lo que es lo mismo dentro de los contornos de este trabajo: al ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano. Por este motivo, las menciones hechas hasta ahora —y que seguramente se harán durante la ejecución de la investigación de normatividades *no colombianas*— deberán interpretarse como herramientas comparativas en relación con las normas colombianas. La presente será una indagación de alcance estrictamente local (servirá sólo en relación con el derecho colombiano), no buscándose —al menos de manera directa— impactar en contextos internacionales.

Finalmente, se anota que la idea de ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano también queda demarcada por el contexto de aplicación del mismo, que no es otro que el proceso civil. Está claro que el conjunto de normas que forman el ordenamiento mencionado pueden llegar a ser aplicable *por fuera* del proceso civil; empero, en aras de concretar el trabajo que se proyecta realizar, es menester dejar de lado estas huídas (aun cuando la frecuencia de las mismas pudiera ser considerada alta). Bastará determinar si el sistema jurídico en mención conduce hacia la determinación de la verdad dentro del proceso civil, obviando las continencias que puedan presentarse en ambientes (procesos) distintos, pues las mismas no afectarían las conclusiones a que se arriben en relación con el primero. Queda, no obstante, una pregunta cuya respuesta resulta ineludible: ¿Qué es un proceso civil?

La pretensión de individualizar el concepto de proceso civil parte de un supuesto: la existencia de una clasificación necesaria entre procesos que identificara los elementos que harían *civil* a un proceso, cuya ausencia obligaría a la calificación de *no-civil* a otro proceso.

Sin ánimos de incursionar en una discusión que perfectamente puede calificarse de clásica del Derecho Procesal (lo contrario sacaría de cauce esta empresa académica), la cual gira alrededor de la nota de unidad que suele atribuirse a esta rama del derecho¹⁹, puede decirse, siguiendo al profesor Juan Montero Aroca²⁰ y sólo para individualizar el concepto de

¹⁹ Una mirada sucinta pero completa a dicha discusión se encuentra en QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio. *Teoría general del proceso*. Tercera edición. Bogotá: Temis, 2000, pp. 15 – 20.

²⁰ MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silva. *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*. Decimosegunda edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 296 – 313.

proceso civil que se utilizará en la investigación proyectada, que existe la necesidad de distinguir el proceso civil del proceso penal: mientras el primero responde a lo que el profesor español llama “principio de oportunidad”, el segundo está inspirado en el llamado “principio de necesidad”²¹.

En virtud del principio de oportunidad, un proceso civil reconoce —por regla general— la autonomía privada, lo que implica que queda en manos de los particulares la actuación (o aun sólo la iniciación) del mismo. Esto significa, a su vez, el reconocimiento de la existencia de una relación jurídico-material de derecho privado en el que existen unos titulares, que bien pueden ser las partes procesales. Este derecho privado suele ser aplicado por los mismos destinatarios —los particulares—; los despacho jurisdiccionales sólo obran por excepción, estando acompañados de otros mecanismos de actuación del derecho, tales como los celeberrimos *mecanismos alternativos de solución de conflictos*.²²

Por su parte, el proceso penal, inspirado en el principio de la necesidad, no supone la existencia de una relación jurídico material en la que sean partes los protagonistas del hecho delictivo, de donde se concluye que la víctima del delito no detenta ninguna clase de derecho subjetivo contra el victimario. Lo que sí existe es una potestad sancionadora en cabeza del Estado (llamada *ius puniendi*), cuyo ejercicio opera única y exclusivamente a través del proceso penal —nunca por voluntad propia de los particulares—²³.

Sentado lo anterior, puede decirse que el proceso civil es aquel proceso jurisdiccional en el que no se aplica al caso concreto —no se individualiza— una norma del derecho penal que, a una conducta calificada de ilícita, atribuya como consecuencia una pena. Por el contrario, proceso penal es aquel proceso en el que únicamente se aplica el derecho penal, o dicho de otra manera: en el que sólo se enjuician conductas que pueden adecuarse a los tipos penales consagrados en la legislación penal, con miras a establecer la imposición de una pena.

²¹ Ibídem, p. 297.

²² Ibídem, pp. 298 – 299.

²³ Ibídem, p. 298.

Por tanto, la clase de proceso que sirve para las finalidades buscadas con este trabajo es el proceso civil, o lo que es lo mismo: el proceso no penal.

Sin embargo, debe compendiarse aún más el concepto de proceso civil: esta investigación se ejecuta bajo la creencia de que el derecho material aplicado dentro de un proceso determinado sirve de criterio clasificador de este mismo. Por tanto, el proceso civil que se tendrá en cuenta serán el proceso jurisdiccional en el que se aplica el llamado derecho civil, o si se quiere expresar en términos más precisos: por proceso civil se entenderá el proceso jurisdiccional dentro del cual se enjuicia una litis que encuentra su regulación en el conjunto de normas jurídicas que, dentro del sistema jurídico colombiano, se denomina derecho civil. Por ende, son a esta indagación académica los procesos en los que se aplican normas pertenecientes a ramas distintas a la civil (derecho laboral, derecho administrativo, derecho constitucional, etcétera).

5.3.3. El ordenamiento jurídico probatorio y los condicionamientos a la búsqueda de la verdad.

Si se repara con atención en lo dicho hasta el momento, se llega fácilmente a la siguiente conclusión: este trabajo sólo se ha concentrado en la dimensión *jurídica* de la prueba, pues es sólo está preocupado por tal dimensión (es, definitiva, un trabajo de teoría jurídica). A pesar de ello, no se ha desconocido que la idea de la prueba surge en un entretejido conceptual que podría estimarse como *multidisciplinar*, pues en él se reúnen diversas actividades de corte epistemológico.

Puede incluso afinarse un poco más la idea antedicha: la prueba, concepto previo a la idea de proceso jurisdiccional, es *tomado prestado* para el mundo jurídico a través de lo que aquí se ha llamado *ordenamiento jurídico probatorio*. Se entra, entonces, en una línea de discusión hasta el momento no comentada: la prueba (con todos sus diversos significados) no nace en el proceso ni mucho menos por cuenta del derecho; la prueba nace en otros ámbitos (gnoseológicos, epistemológicos, probabilísticos), pero llega al proceso jurisdiccional mediante el Derecho Probatorio.

De opinión semejante es Taruffo cuando afirma lo que sigue:

(...) en muy diversos sectores de la experiencia se plantea el problema de establecer el fundamento racional de conocimientos que, no perteneciendo al campo de la

lógica demostrativa sino al de la experiencia empírica, son por definición “inciertos”, no obstante lo cual están destinados a construir la base para decisiones de diversa naturaleza. En esos sectores surge un esquema conceptual muy común que se puede denominar de *evidence and inference* y que se vale de aportes provenientes de distintos campos a los efectos de ofrecer instrumentos generales para la formulación y el control racional de las inferencias que fundamentan aserciones sobre hechos. En ese contexto, emerge una noción general de “prueba” como elemento de confirmación de conclusiones referidas a aserciones sobre hechos o bien como premisa de inferencias dirigidas a fundamentar conclusiones consistentes en aserciones sobre hechos²⁴.

La prueba (entendiendo por ésta algo análogo a lo que se entiende en el campo jurisdiccional), dice el autor, surge en aquellas esferas en las que se hace necesario tomar decisiones sobre aserciones fácticas, es decir: en campos en los que se debe calificar de verdadera o falsa una determinada aseveración. Si bien lo anterior describe lo que típicamente sucede en un proceso, no por ello puede decirse que sea una situación exclusiva de los procesos jurisdiccionales. Resulta evidente, por el contrario, que son muchos los ámbitos en los que se puede estar en la necesidad de decidir la veracidad de una afirmación sobre un hecho.

Bajo este presupuesto, Taruffo afirma lo siguiente:

(...) no hay razón válida alguna para sostener que la regulación jurídica de las pruebas es “completa” y omnicomprensiva, de forma tal que justifique la conclusión de que sólo puede usarse a los efectos probatorios aquello que una norma califique expresa y específicamente como prueba. Esto es particularmente evidente en los sistemas del *common law*, donde el law of evidence tiene, respecto del fenómeno de la prueba comprensivamente considerado, un papel reducido y, en resumidas cuentas, marginal, que se va reduciendo progresivamente a medida que se atenúa el sistema de las *exclusionary rules*. Sin embargo, la misma afirmación es válida, aunque en menor medida, para los sistemas del *civil law*: basta observar que fenómenos como los de las “pruebas científicas” o “tecnológicas” escapan a cualquier tipificación normativa y que —aparte de las discusiones sobre su admisibilidad— el uso tan difundido que en la práctica se hace de las pruebas atípicas muestra como está destinado al fracaso cualquier intento de “cerrar” el catálogo normativo de las pruebas. Además, ningún ordenamiento establece la omnicomprensividad de la regulación de los medios de prueba y no es casualidad que en muchos ordenamientos, también del *civil law*, está admitida la posibilidad de usar pruebas no expresamente previstas por la ley y resulta evidente la naturaleza “incompleta”, si no residual, de las normas en materia de la prueba²⁵.

²⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Obra citada, p. 327.

²⁵ *Ibidem*, p. 346.

Las consideraciones anteriores llevan a Taruffo a una categórica conclusión: la regulación jurídica de la prueba, tanto la que se presenta en los sistemas del *common law* como lo existentes actualmente en ordenamientos del *civil law*, cumplen una función preponderantemente limitativa de la actividad probatoria general, excluyendo *posibilidades probatorias* que cabrían perfectamente en otros espacios epistemológicos. Las palabras exactas del profesor italiano son las siguientes:

(...) parece claro que, en general, la regulación normativa de la prueba tiene esencialmente una función limitada y exclusiva más que una función positiva e inclusiva. Fundamentalmente, esta función se explica más bien en el sentido de limitar el ámbito de las pruebas que puede ser empleadas en el proceso respecto de las que se emplean en la experiencia cotidiana o en otros campos de investigación sobre hechos, excluyendo expresamente ciertos tipos de prueba o privilegiando determinados modos de formación de la prueba (...) Este aspecto ha sido desde siempre evidente, especialmente en los sistemas del *common law*, donde el *law of evidence* está formado principalmente por reglas de exclusión (...) No obstante, ese mismo aspecto también puede encontrarse fácilmente en los sistemas de *civil law* (...) En buena parte, las normas continentales sobre las pruebas son reglas de exclusión, de forma que vale para ellas la misma consideración que vale para las *exclusionary rules* angloamericanas: cambia, en efecto, el contenido de las reglas de exclusión, es decir, los tipos de prueba que se declaran inadmisibles, pero se trata de la misma técnica normativa, consistente en precluir la admisión de un medio de prueba que también sería lógicamente relevante²⁶.

Es así como, también con Taruffo²⁷, es posible concluir que en el seno del Derecho Probatorio se presenta la dicotomía entre lo que en el *common law* se conoce como *free proof principle* y las *exclusionary rules*, o lo que sería lo mismo para un ordenamiento continental como es el colombiano: entre el principio de la *libertad de la prueba* —entendido como la posibilidad de verificar la veracidad de una aserción utilizando cualquier recurso lógicamente relevante— y las reglas del Derecho Probatorio, las cuales condicionan el uso de los recursos probatorios, principalmente limitando pruebas (fuentes y medios de prueba) que en contextos ajenos al proceso jurisdiccional serían válidamente utilizados.

Considérese además lo siguiente: Según el profesor Jordi Ferrer Beltrán, la función limitativa que cumple la disciplina legal de la prueba y que en esencia caracteriza a la prueba judicial (o mejor: a la prueba en cuanto fenómeno adscrito al proceso jurisdiccional), es puesta en ejecución a

²⁶ Ibídem, pp. 346 – 347.

²⁷ Ibídem, pp. 357 – 364.

través de tres conjuntos normativos que regulan tres aspectos distintos del fenómeno procesal-probatorio. El primer conjunto está formado por las reglas que disciplinan el curso de los procedimientos probatorios:

(...) incluye reglas que establecen el inicio y/o el final de la fase de prueba en el proceso, las formas para la práctica de la prueba, la iniciativa para la actividad probatoria, etc.²⁸

El segundo grupo se encarga de ordenar los medios de prueba. Dice al respecto el autor en comentario:

Algunas de ellas declaran admisibles determinados (o todos) los medios de prueba de forma general o específicamente para algún tipo de procedimiento; otras excluyen uno o diversos medios de prueba; otras simplemente los definen; finalmente, algunas reglas procesales establecen expresamente la obligación de practicar determinados medios de prueba en algunos procesos específicos, etc.²⁹.

Finalmente, existe un tercer grupo de reglas jurídicas que intervienen directamente sobre el resultado probatorio. Hacen su aparición en esta sede los llamados “sistemas de valoración probatoria”, que en la tradición romanogermánica se han reducido a dos: tarifa legal y sana crítica³⁰.

Si en lugar de las consideraciones del profesor Ferrer Beltrán, se aprecian los *significados de la prueba* postulados en este escrito³¹, se tiene un número mayor de conjuntos normativos, pues habría reglas (principalmente con rasgos limitativos) que disciplinarían, respectivamente, la verificación judicial de las aseveraciones de las partes, las fuentes de prueba, los medios de prueba y la actividad realizada a través de procedimientos probatorios.

En todo caso, cabe hacerse los siguientes cuestionamientos: ¿Qué significa que existan reglas que limiten el uso de recursos probatorios que en plazas distintos al proceso jurisdiccional son considerados idóneos? ¿Qué implica la existencia de esta regulación normativa en aspectos claves como lo son la actividad, los medios y los resultados probatorios? ¿Qué conlleva admitir que un ordenamiento jurídico probatorio, al regular la prueba en sus diversos significados, termina *limitándola* en comparación con lo que

²⁸ FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Obra citada, p. 41.

²⁹ *Ibídem*, p. 42.

³⁰ *Ibídem*, p. 42 – 43.

³¹ Vid. *Supra*. núm. 5.3.1.

sucede en otros ambientes epistemológicos? La respuesta es sencilla (por lo menos en cuanto a su formulación): significa que la búsqueda de la verdad, finalidad posible y conveniente de la prueba, se encuentra condicionada dentro del proceso jurisdiccional.

Así es como aparecen en escena las que Marina Gascón Abellán denomina *medidas institucionales que condicionan la averiguación de la verdad* dentro del proceso³². Lo que dice la autora en comentario es lo siguiente:

Las reglas institucionales que gobiernan el procedimiento de prueba y que hacen de la averiguación de la verdad una tarea reglada y no (o no completamente) libre son de muy variado tipo. Sin ningún ánimo de exhaustividad, existen reglas que establecen el *tempus* en que ha de ser averiguada (probada) la verdad sobre los hechos; otras que, bien por dificultades de prueba, bien por garantizar ciertos valores, establecen como probados ciertos hechos; otras que indican qué pruebas son admisibles y cuáles no, como las que prohíben la práctica de ciertas actividades probatorias o las que limitan la admisibilidad o el uso de pruebas lícitamente obtenidas, por ejemplo, excluyendo la declaración de ciertas personas; otras que, de diversas formas, dan relevancia procesal al secreto; otras que instauran formas de justicia negociada; otras en fin, que determinan cuáles son los criterios para la valoración de la prueba, entre ellas las que —frente a la valoración libre— establecen criterios formales de valoración. Tal vez se diga que la institucionalización del proceso contribuye al objetivo de la averiguación de la verdad; o que, por el contrario, nos aleja del mismo. En ambos casos se trataría de afirmaciones apresuradas: para ver qué hay de cierto en estas afirmaciones se precisa una consideración individualizada de cada uno de los tipos de reglas mencionadas, pues no cabe una identificación acrítica de todos ellos (...)³³.

Como lo deja en claro Gascón Abellán, no es posible calificar *a priori* la idoneidad de cada una de estas medidas para facilitar la búsqueda de la verdad (9º, por el contrario, para entorpecerla). Es menester, en el marco de un ordenamiento jurídico en particular, identificarlas y proceder luego a enjuiciarlas.

Sin embargo, en este espacio sí es posible realizar un análisis sobre la caracterización básica de estas medidas, para luego facilitar su ubicación en relación con un orden positivo determinado.

Así, es posible comenzar diciendo que todas estas medidas se perfilan dentro de cualquier ordenamiento jurídico como un conjunto de límites al

³² GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*, obra citada. p. 125 y ss.

³³ *Ibíd.*, pp. 125 - 126.

principio de relevancia (también conocido como *principio de pertinencia*). Para comprender este principio, basta hacer notar lo que Taruffo llama “un principio epistémico más bien obvio”³⁴, el cual podría formularse así: si el objetivo es definir la verdad de un enunciado, es necesario que se puedan usar todas las informaciones útiles para tal efecto. Se trata, entonces, de establecer si entre un determinado elemento de juicio (fuente de prueba) y la aseveración cuya verdad debe determinarse existe una “relación de relevancia”, esto es: una relación por cuenta de la cual del hecho comunicado por la fuente de prueba sea posible inferir el hecho afirmado por la parte del proceso.

A este respecto parece importante recordar las siguientes palabras del clásico Jeremías Bentham:

¿Qué cosa es prueba? En el sentido más lato que puede darse a esta palabra, se entiende por prueba un hecho que se da por supuesto como verdadero, y que se considera como debiendo servir de motivo de credibilidad acerca de la existencia o no existencia de otro hecho.

Así, pues, toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: el uno que puede llamarse el *hecho principal*, que es el que se trata de probar que existe o no existe; y el *hecho probatorio*, que es el que se emplea para probar el sí o el no del hecho principal³⁵.

Entre el hecho principal y el hecho probatorio ha de mediar un vínculo, en virtud del cual del hecho probatorio es posible concluir la existencia o inexistencia del hecho principal. La existencia de este vínculo permite concluir que el hecho probatorio (la fuente de prueba) es *relevante* en relación con el hecho principal (la aseveración de la parte objeto de prueba).

Teniendo presente lo dicho, resulta sencillo comprender la sucinta definición que de la relevancia hace Taruffo:

La relevancia es un estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos³⁶.

³⁴ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Obra citada. p. 161 y ss.

³⁵ BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Tomo I. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2000, pp. 9 – 10.

³⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba*. obra citada. p. 38.

Pues bien: que las medidas institucionales que se vienen comentando impliquen principalmente un límite al principio de la relevancia, significa que las mismas, de manera preponderante, restringen el uso en el proceso de fuentes de prueba en principio relevantes.

Ahora: esta restricción puede verse como una intervención negativa del legislador para la búsqueda de la verdad, pero también, aunque pareciere paradójico, como una intervención positiva. Algunas normas probatorias, al limitar el acceso al proceso de todas las fuentes de verificación relevantes, buscan tutelar valores e intereses distintos a la verdad. En estos casos, tales normas podrían tildarse de *contra-epistémicas* (o al menos no-epistémicas). Por el contrario, hay ocasiones en que tales normas, al restringir pruebas pertinentes, buscan asegurar un mejor resultado probatorio en relación con la búsqueda de la verdad. En estos casos, las normas son susceptibles de ser calificadas de *pro-epistémicas*. No obstante, no es posible dar un ejemplo de cada una de estas normas desde una perspectiva general (independiente de un ordenamiento jurídico en particular). Esto es así pues, tal y como se viene diciendo, apreciar como contra-epistémica o pro-epistémica una norma determinada requiere de una evaluación previa del ordenamiento jurídico probatorio específico dentro del cual se enmarca dicha norma.

Pero la profesora Gascón Abellán es de otra opinión, pues sí se anima a dar ejemplos:

Formarían una primera clase de limitaciones de prueba que *coadyuvan a la averiguación de la verdad* rechazando o minusvalorando pruebas con bajo valor gnoseológico; por ejemplo, el escrito anónimo, el reconocimiento por fotografía, el testimonio de referencia, etc. (...) Formarían una segunda clase aquellas limitaciones de prueba que claramente entorpecen (o no ayudan a) la averiguación de la verdad (...) Son ejemplos de estas reglas la prohibición de prueba lícitamente obtenida; la prohibición, bajo “secreto de Estado”, de usar como pruebas ciertos documentos que puedan afectar la seguridad del Estado; las que dispensan del deber de declarar por razones de parentesco, o para proteger el secreto de las relaciones abogado-cliente, o el de los ministros del culto, o el de los funcionarios públicos (...)³⁷.

Esta tipología normativa exige una observación adicional. En un ordenamiento en el que explícita o implícitamente se haya instaurado la verdad como finalidad institucional de la actividad probatoria, una es la

³⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina. La prueba de los hechos. Obra citada, pp. 131 – 132.

manera de analizar la conveniencia de las normas contra-epistémicas y otra la idoneidad de una norma pro-epistémica. Es decir, la crítica de las normas contra-epistémicas exige unos criterios distintos a los requeridos para la crítica de las normas pro-epistémicas, pues la crítica de ambas clases de normas estaría guiada por objetivos disímiles: mientras que en tratándose de las normas contra-epistémicas lo que habría que especificar sería la conveniencia (e incluso la licitud) de una norma que entorpece la averiguación de la verdad, en lo que respecta a las normas que buscan garantizar y facilitar tal búsqueda, el objetivo sería la determinación de la idoneidad de tales normas en relación con el fin perseguido.

Los criterios de evaluación de estas dos clases de normas se encuentran insertados en aquéllas que en este trabajo se han denominado *garantías de la verdad*³⁸. En opinión de quien escribe, las garantías mencionadas se han redactado en forma tal que se facilita su comprensión para un lector de cultura jurídica media y, por tanto, cualquier participante del proceso jurisdiccional (juez, partes, terceros interesados, abogados, auxiliares, etcétera) está en capacidad de verificar si tales garantías son respetadas o vulneradas en un sistema jurídico concreto, logrando así verificar si las normas contra-epistémicas y las normas pro-epistémicas se encuentran en consonancia o disonancia con el objetivo institucional de averiguación de la verdad.

Antes de emitir cualquier pronunciamiento sobre el ordenamiento jurídico probatorio civil escogido para este estudio —el colombiano—, es menester hacer una última aclaración conceptual, relativa a estas *garantías de la verdad* con las que ha de enjuiciarse tanto las normas probatorias contra-epistémicas como las pro-epistémicas. Esta aclaración versa sobre el *principio de proporcionalidad*, del cual se hablará en el apartado siguiente.

5.3.4. El principio de proporcionalidad como límite al ordenamiento jurídico probatorio.

Quizá la mejor manera de abordar el principio de proporcionalidad dentro del marco de los problemas tratados en esta investigación, sea partiendo de un concepto no mencionado hasta el momento: *el derecho a la prueba*.

³⁸ Vid. Supra, núm. 5.2.2.

Según Taruffo³⁹, entre las garantías generales relativas a la protección judicial de los derechos subjetivos, existe el derecho de prueba, entendido como el derecho a presentar todas las pruebas relevantes. Parafraseando a Jordi Ferrer Beltrán⁴⁰, puede decirse que este derecho se compone, a su vez, del derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión (y la resistencia a la pretensión), del derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso, del derecho a una valoración racional por parte del juez de las pruebas practicadas y del deber de motivar las decisiones judiciales.

Supuesto lo anterior, téngase en cuenta lo siguiente: si la regulación jurídica de la prueba es en esencia una limitación a la actividad probatoria que, considerada sólo desde el punto de vista de la relevancia de las fuentes de prueba, sería posible realizar en un proceso jurisdiccional, debe concluirse que tal limitación implica una restricción al ejercicio del derecho aquí delineado. En este estado de cosas, se hace evidente un conflicto normativo: por un lado, el derecho a la prueba con cada una de sus rúbricas, por otro, la regulación normativa que —si insiste una vez más— por esencia es limitativa de los recursos probatorios.

Pues bien: una herramienta con la cual es posible *medir* la legitimidad de tal restricción es el llamado *principio de proporcionalidad*. Es en este sentido que debe leerse la siguiente afirmación del profesor Manuel José Cepeda Espinosa (referida especialmente al ordenamiento jurídico colombiano):

La manera más sencilla de definir el principio de proporcionalidad es como una prohibición de exceso o de defecto. Los derechos sí pueden ser limitados. Pero una limitación a un derecho se convierte en una violación al mismo cuando es una restricción excesiva, así como una medida de protección desconoce el derecho cuando se queda demasiado corta y no alcanza a protegerlo en su núcleo básico⁴¹.

En sentido análogo, pero desde una perspectiva un poco más amplia, se pronuncia la profesora Laura Clérico:

³⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Obra citada, pp. 56 y ss.

⁴⁰ FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. obra citada, pp. 52 y ss.

⁴¹ CEPEDA, MANUEL JOSÉ. “La Constitución y el orden público: mitos y realidades”, en: *Polémicas Constitucionales*. Primera reimpresión de la primera edición. Bogotá: Legis, 2008, p. 159.

Uno de los límites de limitación a los derechos de mayor relevancia en las democracias constitucionales actuales es el *examen de proporcionalidad en sentido amplio*. Así, considerar la validez del derecho en oportunidad de su limitación significa que: a. Los derechos actúan como límites a su limitación, y b. Elevan una pretensión de ejercicio. Por ello, la validez de los derechos impone límites frente a un exceso (*Übermaß*) de restricción, como así también frente a una omisión o acción insuficiente (*Untermaß*) que imposibilite injustificadamente su ejercicio⁴².

Pero postular al principio de proporcionalidad como un límite a la limitación de derechos, exige una reflexión mayor, pues dicha postulación envuelve la adopción de la que podría llamarse teoría de los principios como mandatos de optimización. Se procede a dar explicación a esta afirmación:

Según Alexy⁴³, máximo exponente de la teoría en comento, las normas que componen un ordenamiento jurídico son susceptibles de ser agrupadas en dos bandos distintos: las reglas y los principios. Las reglas son normas que sólo puede cumplirse o incumplirse, sin que puedan plantearse puntos intermedios. Esto requiere que el mandato derivado de la regla sea cumplible tanto fáctica como jurídicamente, lo que supone, a su vez, una reflexión previa (ex ante facto) del Legislador a este respecto. En cambio, los principios son normas que mandan la realización u omisión de una conducta en la medida de lo posible, dependiendo para tal efecto en condiciones jurídicas y fácticas concretas en las que se enmarque el cumplimiento del mandato en cuestión. Más claras son las palabras del jurista alemán:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos.

⁴² CLÉRICO, Laura. "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto", en: CARBONELL, Miguel (coordinador). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 147.

⁴³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tercera reimpresión de la primera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 81 y ss.

Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de la fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio⁴⁴.

Entre normas es posible que surjan conflictos, antinomias, tanto en lo referente a las normas-regla como en tratándose de las normas-principio. Empero, las soluciones para los conflictos entre las reglas son distintas a las habidas en relación con los principios. Entre reglas, los conflictos sólo se solucionan invalidando una de las normas en conflicto o incluyendo *cláusulas de excepción*. En cambio, la colisión entre principios no genera la necesidad de declarar inválido uno de ellos, pues lo que en realidad sucede es que, dependiendo de las circunstancias, un principio debe ceder ante otro. Glosando al profesor Alexy, puede decirse que la solución de los choques que se dan entre principios consiste en que, considerando las circunstancias concretas del caso, se configura entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada se reduce a que, tomando en cuenta las peculiaridades de cada caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro, no siendo esto óbice para que en el marco de circunstancias distintas, se presente el supuesto en que la precedencia se dé en forma inversa⁴⁵.

Esta forma de de solucionar las colisiones entre principio exige la adopción de un parámetro rector que disciplina la formulación de tales precedencias condicionadas. Este parámetro no es otro que el principio de proporcionalidad. En este punto es enfático Robert Alexy:

La teoría de los principios, expresada en forma de la tesis de la optimización, ha adquirido un lugar propio en la doctrina, sobre todo al postular su equivalencia con el principio de proporcionalidad. La teoría de los principios implica el principio de proporcionalidad y éste implica aquélla.

Que la teoría de los principios implique el principio de proporcionalidad significa que sus tres subprincipios, es decir, los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se siguen lógicamente de ella, o sea, son deducibles de ella en un sentido estricto. Por lo tanto, quien objeta la teoría de los principios tiene también que objetar el principio de proporcionalidad. Como consecuencia, el debate sobre la teoría de los principios puede reformularse como el debate sobre el principio de proporcionalidad.

⁴⁴ Ibídem, pp. 86 – 87.

⁴⁵ Ibídem, p. 92 y ss.

La implicación del principio de proporcionalidad se basa en la propia definición de los principios. En cuanto mandatos de optimización, los principios exigen la máxima realización posible, en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. La relación con las posibilidades fácticas conduce a los subprincipios de idoneidad y necesidad (...) En cambio, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se origina a partir del mandato de la máxima realización posible en relación con las posibilidades jurídicas, sobre todo en relación con los principios que juegan en sentido contrario (...)⁴⁶

Queda claro entonces por qué se ha dicho que el principio de proporcionalidad, entendido como un límite a la restricción de derechos, significa la adopción de la teoría de los principios, entendidos como mandatos de optimización: el principio de proporcionalidad aparece cuando se define al principio jurídico como mandato aplicable en la medida de lo posible.

Pero en el transcurso de la exposición han surgido dos cuestiones distintas cuyo tratamiento es necesario en este espacio: la primera se traduce en la razón por la cual un concepto que surge en el campo de las colisiones entre las normas-principio, sirve para controlar límites a derechos; la segunda —que se encuentra implícito en la cita anterior— alude a los componentes del principio de proporcionalidad.

La primera cuestión es fácil de abordar. Comiencese por reflexionar en lo obvio: el derecho, visto desde un punto de vista subjetivo, surge de la norma, o lo que es lo mismo: es el reflejo de la norma de derecho objetivo en situaciones concretas y vistas desde la óptica de los destinatarios de la misma. Claramente lo decía Recasens Siches:

El Derecho en sentido objetivo, es decir, como norma, al proyectarse sobre situaciones concretas, determina derechos subjetivos y deberes jurídicos en correlación. El derecho subjetivo se opone correlativamente o se articula con el deber jurídico; y los dos en inescindible pareja derivan de la norma. (...) La norma jurídica (de imposición inexorable) regula o coordina desde un punto de vista objetivo las actividades sociales, de tal suerte que concede a cierta conducta de un sujeto (el titular del derecho) la capacidad normativa de determinar en otro sujeto (el obligado), o en varios, un determinado comportamiento positivo o negativo⁴⁷.

⁴⁶ ALEXY, Robert. "Sobre la estructura de los principios jurídicos", en: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 101 – 103.

⁴⁷ RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Decimoséptima edición. México: Porrúa, 2003, 233 – 234.

Desde este punto de vista y teniendo en consideración lo afirmado al inicio de este apartado, puede concluirse que el derecho a la prueba nace del *principio del debido proceso*, el cual consagra las garantías fundamentales para la tutela de los derechos por vía judicial. Así, una limitación al derecho de prueba puede reformularse como una limitación al debido proceso surgida de la colisión de este principio con otro principio de mismo rango.

Pero puede que lo anterior no sea necesario. Es posible extraer el principio de proporcionalidad del mundo de las colisiones entre principios, postulándolo efectivamente y de manera independiente como una norma-principio controladora de las restricciones que en el marco de un ordenamiento jurídico concreto, son impuestas a ciertos derechos. Así lo hace el profesor Bernal Pulido siguiendo jurisprudencia alemana:

Toda intervención en los derechos fundamentales que no observe las exigencias de estos subprincipios (del principio de proporcionalidad) es ilegítima y, por tanto, debe ser declarada inconstitucional. La aplicación del principio de proporcionalidad presupone que una medida del poder público represente una intervención en un derecho fundamental, es decir, lo afecte negativamente, bien sea anulando, aboliendo, restringiendo o suprimiendo una norma o una posición que puede ser adscrita *prima facie* a la disposición constitucional que tipifica el derecho el derecho intervenido Si la medida de intervención supera el test de los subprincipios de proporcionalidad, tal medida será válida definitivamente como una restricción del derecho correspondiente. En caso contrario, la norma o la posición de derecho fundamental objeto de la intervención adquiere una validez ya no sólo *prima facie*, sino también definitiva, y por ello la ley que incide negativamente en el derecho debe ser declarada inconstitucional⁴⁸.

Entra en juego otra discusión que no es posible abordar en este espacio: la *fundamentalidad* del derecho a la prueba. El carácter de fundamental de este y cualquier otro derecho sólo puede definirse a la luz de un orden normativo específico, lo que corresponderá a un apartado posterior al presente. Lo que sí puede abordarse en este punto es la segunda cuestión mencionada: los componentes del principio de proporcionalidad. De las transcripciones realizadas, se puede concluir que la opinión generalizada entiende que el principio de proporcionalidad está conformado por tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en

⁴⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. "Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes", en: *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 67 - 68.

sentido estricto. Sin embargo, por considerarse más completas y de fácil comprensión, para el presente trabajo se discurrirá al respecto sobre las ideas del profesor Luis Prieto Sanchís, quien en un trabajo reciente⁴⁹ desgranó el principio de proporcionalidad en cuatro elementos distintos⁵⁰.

El primer elemento (y aquí el orden de los factores es necesario tenerlo en cuenta) consta de lo que podría llamarse *subprincipio de finalidad*. Frente a una medida limitadora del derecho a la prueba, lo primero que ha de verificarse es si dicha medida persigue un fin constitucionalmente legítimo, pues de lo contrario, la medida ha de rechazarse no tanto por desproporcionada sino por vulneradora de la Constitución en forma directa. Sanchís Prieto pone esta exigencia en su justo límite:

El legislador dispone de una facultad de regulación general y puede proponerse cualquier fin que no sea inconstitucional, de manera que este primer requisito desempeña una función más bien negativa: no impone la consecución de un cierto catálogo de fines, sino que sólo excluye algunos⁵¹.

Desde este primer componente, se concluye que una limitación al derecho de prueba constitutiva de una medida que buscase un fin inconstitucional, sería admisible.

El segundo elemento está formado por el *subprincipio de adecuación*: la medida perseguidora de un fin constitucionalmente admisible ha de ser conducente, acertada, apta para la consecución de dicho fin. Esto es,

⁴⁹ PRIETO SANCHÍS, LUIS. “El juicio de ponderación constitucional”, en: CARBONELL, Miguel (coordinador). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Obra citada. pp. 99 – 146.

⁵⁰ Debe hacerse la siguiente doble advertencia: primero, lo que a continuación se expondrá es la interpretación que el autor de estas páginas ha dado al escrito del profesor Prieto Sanchís. Este académico, tratando el problema de la ponderación, describió una serie de pasos para realizar esta operación que, en esencia, se compaginan con los componentes que la opinión mayoritaria atribuye al principio de proporcionalidad, de allí que se haya concluido que catedrático haya propuesto una nueva manera de entender el principio en mención. Segundo, nótese que la reformulación que, con base a las ideas de Prieto Sanchís, se hace en este trabajo de los componentes del principio de proporcionalidad no choca en nada con la opinión generalizada. Se propone tan sólo una forma un poco *más detallada* de referirse al mismo objeto, pues a los subprincipios tradicionales sólo se le agrega uno más: el de finalidad.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 129.

La actuación que afecte a un principio o a un derecho constitucional ha demostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece⁵².

Si se verifica la falta de adecuación entre la medida y el fin perseguido, no encuentra soporte la limitación al derecho a la prueba y, por tanto, dicha limitación se torna ilegítima.

El tercer elemento es el *subprincipio de necesidad*: la medida limitadora de un derecho (como es el derecho a la prueba), cuyo fin sea legítimo y se haya verificado su adecuación, ha de ser la única que, obteniendo los mismos resultados, resulte menos lesiva respecto del derecho limitado.

Ello significa que si la satisfacción de un bien constitucional puede alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, resulta exigible escoger aquella que menos perjuicios cause desde la óptica del otro principio o derecho en pugna⁵³.

Finalmente, se tiene el *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*. Este subprincipio implica la exigencia de acreditar una cierta relación de equilibrio entre los beneficios que se han de obtener con la medida limitadora y la lesión propiciada al derecho limitado. Los pro de la limitación han de corresponderse, tal y como si estuvieren en una balanza, con los contra de la misma. Al respecto dice Sanchís Prieto:

A diferencia de los pasos anteriores, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto entraña más bien un juicio normativo o jurídico, pues ya no se trata de indagar si en la práctica o desde un punto de vista técnico la medida es idónea o si existe otra menos gravosa, sino de valorar el grado de afectación o lesión de un principio, el grado de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, por último, a la luz de todo ello, de valorar la justificación o falta de justificación de la medida en cuestión⁵⁴.

Así, se tiene que una medida restrictiva al derecho a la prueba sólo será legítima si pasa satisfactoriamente las exigencias que se derivan de los componentes del principio de proporcionalidad, lo que en definitiva significa que un ordenamiento jurídico civil probatorio encuentra su límite en la conjunción de los subprincipios mencionados. En el fondo, toda discusión sobre la legitimidad de un determinado límite al derecho a la prueba entraña una discusión que se presenta en un plano muy superior: el

⁵² Ibídem, p. 129.

⁵³ Ibídem, p. 130 – 131.

⁵⁴ Ibídem, p. 132.

valor de la verdad, cuya búsqueda puede considerarse un fin constitucionalmente admisible, se ve limitado por la necesidad de tributar otros valores, quizá también lícitos desde una perspectiva constitucional. El principio de proporcionalidad será la herramienta que sirva para resolver tal enfrentamiento.

5.4. El ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano.

Como se ha intentado dejar claro a lo largo de este texto (así como en los trabajos preparatorios al mismo; Anteproyecto y Proyecto de investigación), el concepto de ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano es, en realidad, simple y restringido. Con este concepto se indica el conjunto de normas jurídicas, nacidas en el seno del sistema normativo colombiano, que regulan la institución de la prueba en el marco del proceso jurisdiccional civil.

Como se ha dejado claro atrás¹, una norma es el resultado de la interpretación efectuado sobre un enunciado normativo. Los enunciados normativos que conforman las fuentes de donde se extraen, vía interpretación, las normas conformadoras del ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano se encuentra, en su gran mayoría, en un texto normativo conocido con el nombre de Código de Procedimiento Civil colombiano (de ahora en adelante “C.P.C.”), llegado al sistema jurídico por cuenta de los Decretos 1400 y 2019 de 1970, pero objeto de múltiples y variopintas reformas. Algunos textos normativos de los cuales se extraigan normas probatorias civiles colombianas pueden encontrarse en otros ámbitos (por ejemplo: en el Código Civil colombiano); sin embargo, sólo se acudirá a ellos en caso de ser estrictamente necesario. La idea es tratar un cuerpo normativo fácilmente identificable, no dispersado en abundantes enunciados normativos, con miras a garantizar la consecución de los objetivos propuestos. Además ha de quedar claro lo siguiente: el intérprete *principal* de los enunciados normativos de los cuales se derivan las normas probatorias será el autor de este escrito, pues en su calidad de abogado, está preparado para interpretar tales mensajes legislativos. Con todo, en caso de existir interpretaciones auténticas realizadas por el legislador en relación con una hipótesis normativa específica o de existir interpretaciones judiciales que en concepto del investigador deben ser mencionadas, se explicitará el origen interpretativo de dicha norma.

Lo que sigue a continuación es un análisis del ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano (de ahora en adelante simplemente “ordenamiento probatorio” o “Derecho Probatorio”). Por análisis se entiende una separación razonada de los elementos más importantes de este ordenamiento probatorio, con el objetivo de reflexionar al respecto de

¹ Vid. Supra núm. 5.3.2.

ellos, todo bajo la guía el objetivo máximo que persigue este trabajo: determinar si el Derecho Probatorio colombiano permite la averiguación de la verdad en el campo del proceso civil. Por tal motivo, sólo entrarán en el análisis propuesto las normas probatorias que de manera directa incidan en la determinación de la verdad dentro del proceso, dejando de lado aquellas que resulten irrelevantes a tal objetivo o cuya incidencia sea sólo indirecta.

5.4.1. Distinciones necesarias: admisibilidad, relevancia, utilidad y conducencia de la prueba.

El artículo 175 C.P.C. dice lo siguiente:

Medios de prueba. Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio.

Lo primero que ha de decirse en relación con este enunciado es que el mismo indica los medios de prueba que pueden usarse en un proceso civil. Es ésta una primera aproximación a la idea de *admisibilidad*. Este concepto alude, primeramente, a los medios probatorios cuyo uso está permitido en el proceso jurisdiccional, de donde puede inferirse que un medio permitido es un medio admisible.

La anterior afirmación, que puede parecer una verdad de Perogrullo, debe explicarse un poco más. Si se interpreta cuidadosamente el enunciado, se advertirá que el legislador probatorio colombiano enunció de manera *no taxativa* los medios probatorios utilizables, permitiendo que se usen *pruebas atípicas* sirviéndose para tal efecto del método interpretativo de la analogía y de la prudencia del juez.

Esto hace que el análisis sea un poco más complejo, pues cabría preguntarse: ¿cuáles, en definitiva, son los medios probatorios cuya utilización procesal está admitida? ¿Todos los que, de acuerdo a la prudencia judicial y a la analogía sean utilizables? Si se respondiese afirmativamente estos interrogantes sin aclaración alguna, se tendría que el concepto de admisibilidad carecería de sentido, pues a la postre,

cualquier recurso probatorio sería utilizable dentro del proceso. No obstante, no pareciera ser ésta la intención del legislador al explicitar en un artículo independiente los medios que considera admisibles. ¿Qué hacer entonces?

Quizá la forma más razonable para desenmarañar este enredo sea acudir al concepto de *relevancia*. Como se dijo en el numeral 5.3.3., de este escrito, el mismo alude a la pertinencia de la fuente de prueba en relación con las aseveraciones procesales cuya verdad debe evaluarse. En principio, toda prueba relevante ha de ser recibida por el proceso, salvo cuando el legislador, con miras a proteger otros intereses o a garantizar la efectiva consecución de la verdad dentro del proceso, limita tal posibilidad de recibimiento. Pues bien, concatenando las ideas inicialmente expuestas en relación con la admisibilidad con estas de la relevancia, podría concluirse que una prueba es admisible cuando no ha sido prohibida por el legislador, esto es, cuando no ha calificado de *ilícito* su uso. Una prueba puede ser ilícita porque *en sí* sea repudiada por el legislador (como es el caso de la tortura) o porque en su formación u obtención se han violado reglas establecidas por el Derecho Probatorio dirigidas a regular tales actos. En cualquier caso, una prueba ilícita es una prueba cuyo uso no está permitido por la ley, esto es: una prueba inadmisibile. Por el contrario, admisible es una prueba que puede usarse *lícitamente* en el proceso, de donde se colige que la pregunta por la admisibilidad o inadmisibilidad de una prueba es traducible en términos de licitud/ilicitud.

Con todo, debe anotarse lo siguiente: mientras la admisibilidad atañe al uso legítimo de los *medios de prueba*, la relevancia (que es conocida en el ordenamiento colombiano con la expresión *pertinencia*, tal y como se deduce del artículo 178 C.P.C.) es una propiedad predicable de las *fuentes de prueba*. Es una distinción importante, porque la misma refleja una cualidad básica del ordenamiento probatorio: los medios de prueba son calificables en términos de licitud/ilicitud (es decir: de admisibilidad/inadmisibilidad) pero las fuentes lo son bajo parámetros de pertinencia/impertinencia, no siendo intercambiables estos criterios de calificación. Lo anterior quiere decir que es posible decidir si determinado medio de prueba es lícito o no, es posible definir si una fuente de prueba es o no es irrelevante, mas no es posible valorar como lícita/ilícita una fuente o de relevante/irrelevante un medio de prueba.

Quien dude de lo anterior pregúntese: ¿Qué sentido tiene decir que un medio de prueba cualquiera, dígase un documento, con independencia de su contenido (de las fuentes de prueba contenidas en él), es irrelevante? ¿Cómo, sin tener en cuenta los elementos de juicio concretos emitidos por un perito, podría tildarse de pertinente un dictamen pericial? ¿Tiene sentido afirmar que un particular conocimiento que tiene un testigo y comparte con el juez es ilícito? ¿El lícita o ilícita la información *per se*? Sólo cuando los criterios de calificación apuntan de manera correcta a sus reales destinatarios, los mismos cobran sentido: ¿es posible tildar de ilícita la aportación de un documento? Sí, en los casos en los que se ha recaudado contraviniendo el orden jurídico o en los que se ha verificado una falsedad material; ¿Puede de calificarse de irrelevante un testigo? Sí, cuando lo que se tiene en cuenta no es la persona del testigo o el acto mismo de rendir testimonio, sino el producto de dicho acto, que no es nada distinto a la información suministrada por el testigo.

Lo antedicho también resulta útil para considerar la siguiente peculiaridad del mundo de las pruebas: un medio de prueba admisible puede comunicar una o varias fuentes de prueba, cada una de ellas susceptible de ser calificada de relevante o irrelevante, así como puede suceder, en los más desafortunados de los casos, que el medio de prueba no provea ningún elemento de juicio (ejemplo: el testigo manifiesta pura suposiciones suyas en relación con los hechos en litigio). Asimismo, puede suceder que un medio de prueba se estime como inadmisibile y, a pesar de ello, contener una o varias fuentes de prueba totalmente relevantes.

Es posible, por otra parte, que el legislador limite el uso de pruebas lícitas en relación con determinadas fuentes de prueba. Esto es: puede darse el supuesto que el legislador, por diversas razones, determine que ciertas fuentes de prueba sólo podrán ser comunicadas mediante ciertos medios de prueba o que, también, una fuente de prueba no pueda ser comunicada por un medio de prueba. Así surge la idea de “conducencia de la prueba”, que no es otra cosa que la idoneidad de un medio de prueba concreto para transmitir una fuente de prueba específica. En línea de principio, puede afirmarse que en Colombia existe una *regla general de conducencia*, en virtud de la cual *por regla general* todo medio de prueba es idóneo para transmitir toda fuente de prueba. Esta regla estaría afincada en una idea varias veces repetida: para probar la verdad de una aseveración, lo ideal es que se permita el uso de *cualquier* recurso probatorio. Pero, como toda regla general, la que se viene comentando tiene sus excepciones. Por

ejemplo, el Decreto 1260 de 1970, por el cual se expidió en Colombia el Estatuto del Registro Civil, establece en su Título X, entre el artículo 101 y 109 del decreto en mención, el régimen probatorio del estado civil de las personas. En uno de sus artículos dice lo siguiente:

Artículo 105. Los hechos y actos relacionados con el Estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos.

En caso de pérdida o destrucción de ellos, los hechos, y actos se probarán con las actas o los folios reconstruidos o con el folio resultante de la nueva inscripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 100.

Cómo se observa, no basta aportar medios de prueba lícitamente obtenidos que transmitan fuentes pertinentes. Es necesario poner a disposición del juez la prueba conducente, que en el caso ejemplificado no es otro que la copia de la partida, folio o certificados del registro civil.

Finalmente, existe un concepto altamente problemático usado para indicar una propiedad específica de las pruebas. Se habla de la *utilidad* de la prueba; concepto que indica la necesidad que tiene el proceso de usar sólo las pruebas que le presten un verdadero proceso y librarse de las que resulten verdaderamente superfluas. En este sentido se pronuncia Jairo Parra Quijano:

Los autores modernos de derecho probatorio resaltan el móvil que debe estimular la actividad probatoria que no es otro que el de llevar probanzas que presten algún servicio al proceso para la convicción del juez: de tal manera, que si una prueba que se pretende aducir no tiene este propósito, debe ser rechazada de plano por aquél².

Teniendo claros estos conceptos, puede pasarse a analizar el complejo artículo 178 C.P.C., que dice lo siguiente:

Rechazo *in limine*. Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará *in limine* las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifestaciones superfluas.

Se dice que es un artículo complejo pues el estilo utilizado por el legislador al redactarlo, antes de facilitarla, dificulta su interpretación. Nótese, en

² PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Obra citada, p. 156.

primer lugar, que el mismo impone al juez el deber de rechazar, inmediatamente después al momento en que dicha prueba fue allegada al proceso (o se solicitó se allegamiento al mismo) las pruebas que estén prohibidas por la ley o que sean ineficaces. La primera clase de pruebas susceptibles de ser rechazadas —las legalmente prohibidas— son fáciles de comprender: aquí el legislador se refiere a las pruebas inadmisibles, a las consideradas ilícitas en sí o por su obtención ilegal. ¿Pero qué quiere decir con la expresión *pruebas ineficaces*? No puede estar refiriéndose a pruebas que, una vez valoradas, han demostrado su inoperancia en relación con el objetivo de probar un hecho, pues es claro que el artículo es relativo a una etapa procesal en la que apenas se está recopilando el material probatorio. Resulta más razonable sostener que para el legislador, en lo que respecta a los efectos de ese artículo, la ineficacia de la prueba se entiende en términos de *inconducencia*, de falta a las reglas especiales de conducencia que sólo reconocen eficacia a una determinada fuente de prueba, bajo la condición de que haya sido comunicada a través de un medio probatorio específico. Así, se tiene que el juez está obligado a rechazar pruebas cuya práctica esté prohibida por la ley, sea porque las considera ilícitas o porque no las considera conducentes para probar ciertos hechos.

Puede decirse que lo anterior es relativamente sencillo: le basta al juez interpretar las normas jurídicas, infiriendo de ellas cuáles pruebas son ilícitas e inconducentes. Se dice que es una labor relativamente sencilla pues existen los materiales con los cuáles resolver las dudas sobre la licitud o la conducencia de una prueba —las normas jurídicas contenidas en enunciados normativos—. Empero, se admite que la labor de interpretar normas dista mucho de ser sencilla, pues puede envolver verdaderos problemas cuya solución no está siempre a la mano (ambigüedad o vaguedad de los enunciados, dificultad para conocer todos los enunciados normativos necesarios para deducir de ellos correctamente la norma, etcétera). Con todo, la admisibilidad y la conducencia son condiciones de las pruebas determinadas específicamente por el legislador, de manera que si falta regulación al respecto, ha de concluirse que son admisibles y conducentes todas las pruebas que resulten relevantes.

Un poco más difícil es el asunto de la relevancia de las pruebas. Éste aparece cuando el legislador ordena al juez a rechazar pruebas “*que versen sobre hechos notoriamente impertinentes*”, lo que en términos más técnicos significa deber rechazar un medio de prueba que contenga

fuentes probatorias irrelevantes. Pero nótese que éste es un deber que exige mucho del juez, aún cuando el artículo sea tan lacónico al respecto. Se ha consagrado una regla de exclusión que más o menos dice lo siguiente: *aquel medio de prueba que a juicio del juez contenga fuentes de prueba irrelevantes deberá ser rechazado de plano por éste*. Pero resulta que la efectiva relevancia o irrelevancia de una fuente de prueba sólo es determinable una vez se ha surtido la etapa valorativa de la prueba, etapa que, en relación con el contexto en el que se inserta el artículo —etapa de recolección de pruebas— es aún lejana. ¿Cómo puede entonces el juez decidir si rechaza una prueba por irrelevante en el momento en que apenas se están recolectando los recursos probatorios?

Es evidente que al juez se le solicita en este punto un juicio hipotético acerca del resultado final de la valoración probatoria³, por medio del cual conjeture si la prueba en cuestión tendrá a futuro incidencia en la verificación del *thema probandum* del proceso. Para tal efecto resulta imprescindible que la parte que arrima la prueba al proceso (sea ofreciendo pruebas que haya preconstituido por fuera del proceso o solicitando la constitución de una prueba dentro del proceso) haga explícito el objetivo perseguido con dicha prueba, o lo que es lo mismo: indique exactamente *qué* pretende probar con la prueba allegada, en forma similar a lo que ocurre en las *preliminary hearings* del sistema angloamericano, en el que se discute, entre otras cosas, la relevancia de una prueba⁴. A este respecto muestra sus falencias el Código de Procedimiento Civil: no existe una disposición que, de manera general, imponga a las partes el deber de hacer explícitos los hechos que pretenden probar con las pruebas cuya admisión solicitan al juez. Claro que hay excepciones: el artículo 219 C.P.C., relativo a la declaración de terceros (testimonio), tiene una exigencia en este sentido, así como el artículo 236 C.P.C. en relación con el dictamen pericial y el 245 C.P.C. en tratándose de la inspección judicial. Pero no pasan de ser excepciones, de las cuales no es posible extraer un principio general.

Problema análogo se presente en relación con la *inutilidad* o *superfluidad* de la prueba. El artículo 178 C.P.C. exige al juez que rechace las pruebas superfluas, esto es: las fuentes de prueba que resulten innecesarias para la

³ Véase al respecto a FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. obra citada, p. 68 y ss., especialmente nota a pie de página número 15.

⁴ *Ibidem*.

verificación de los hechos. ¿Pero cómo saber que una prueba es innecesaria cuando apenas se están recolectando, no valorando sus méritos? Al igual que en tratándose del problema de la relevancia, aquí se le solicita al juez un juicio *ex ante* respecto de la práctica y valoración de la prueba, pidiéndole que especule sobre su real necesidad. Para que dicho juicio sea correcto, se requiere que la parte haya hecho explícitas sus intenciones con dicha prueba, lo que no siempre se presenta toda vez que, como ya se indicó, no existe un mandato legal que de manera general imponga tal deber.

Todo lo dicho en relación con la irrelevancia e inutilidad de la prueba como elementos condicionantes del deber judicial de rechazar la asunción de un medio de prueba específico, se condensa en la siguiente cuestión: ¿Qué hacer cuando el juez no tiene los elementos suficientes para decidir en la etapa de recolección de materiales probatorios si una determinada prueba es irrelevante y/o inútil? ¿Qué hacer en caso de duda sobre la relevancia y/o utilidad de una prueba? Una alternativa es sostener con Thayer⁵ que la duda ha de resolverse negativamente, rechazando el medio de prueba, pues de lo contrario, se corre el peligro de que sobreabunden pruebas que, a la postre, resulten irrelevantes, haciendo más trabajosa la actividad valorativa de la prueba y poniendo en peligro la efectiva verificación de los hechos aseverados por las partes. La otra opción es admitir todas las pruebas frente a las cuales se dude de su relevancia y/o utilidad, posponiendo hasta el momento de la valoración probatoria la decisión a este respecto.

Con base a las garantías de la verdad descritas en el numeral 5.3.3., de este trabajo, es claro que se considera que la alternativa más sana es la segunda: admitir todos los medios de prueba, calificando posteriormente su relevancia y su utilidad. Así se garantiza la posibilidad de contar con el mayor número de recursos probatorios pertinentes en relación con el objetivo último: verificar la verdad de una aseveración.

En fin: puede concluirse este epígrafe manifestando que la admisibilidad, relevancia, conducencia y utilidad de la prueba son conceptos que afectan directamente el objetivo de averiguar la verdad en el proceso civil. En lo que respecta a la admisibilidad y a la conducencia, debe decirse que las

⁵ THAYER, James Bradley. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. reed. Boston: Elibron Classics, 2005, 429 y ss.

mismas interfieren en la búsqueda de la verdad en una medida establecida sólo por el legislador probatorio, pues donde no haya una disposición expresa en la que se limite la admisibilidad o se establezcan reglas específicas relativas a la conducencia, se seguirá la regla epistemológica básica: admisible y conducente toda prueba relevante. Más adelante se analizarán con detenimiento fenómenos concretos de inadmisibilidad y conducencia especial, verificando si los mismos afectan negativamente el objetivo de determinar la verdad.

En lo referente a los conceptos de relevancia y utilidad, la situación en el ordenamiento probatorio es un poco más complicada. Se impone al juez, en la etapa de recopilación del material probatorio, el deber de rechazar las pruebas irrelevantes y/o inútiles, pero no se le equipa con las herramientas necesarias y suficientes para garantizar una decisión correcta al respecto. Se ha dejado al juez sin instrumentos que le faciliten el juicio previo que implica declarar impertinente o superflua una prueba que aún no se ha valorado íntegramente, lo que puede significar un peligro para el establecimiento de la verdad. Si bien es posible que los jueces rechacen correctamente pruebas por contravenir éstas las exigencias de relevancia y utilidad, sin disposiciones jurídicas que faciliten tales decisiones, no existe garantía de que las mismas sean correctas. En suma: en relación con estos conceptos, no se encuentra garantizada la búsqueda de la verdad, o lo que es lo mismo: no resulta idóneo el ordenamiento probatorio para tal efecto.

5.4.2. Pruebas de oficio.

El artículo 179 C.P.C. dice lo siguiente:

Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos, será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso alguno. Los gastos que implique su práctica serán a cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

En concordancia con el artículo anterior, debe leerse el 37.4 C.P.C.:

Son deberes del juez:

(...)

4. Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias.

De los antecedentes artículos se extrae un mandato claro: el juez tiene el deber (o siendo más prolijos: el poder-deber) de decretar pruebas de oficio cuando las circunstancias lo ameriten.

No hace parte de los fines de este trabajo discutir la legitimidad del decreto oficioso de pruebas. Este es un problema que en Colombia ya ha sido definido por el legislador al establecer, de manera clara y expresa, el deber de practicar pruebas no pedidas por las partes. El problema que debe analizarse en este apartado es de otro calibre: ¿El decreto oficioso de pruebas perjudica o beneficia el objetivo institucional de determinar la verdad en el proceso jurisdiccional civil?

Para resolver este interrogante debe empezarse por comprender el porqué de las pruebas de oficio. En relación con el problema de la iniciativa relativa a la aportación de pruebas en el proceso, existen, en esencia, dos modelos distintos que se deducen con suma facilidad (pues no es posible pensar en términos racionales una alternativa distinta): el modelo procesal centrado en las partes y el modelo procesal centrado en el juez, los cuales aluden a la clásica dicotomía entre sistema dispositivo y sistema inquisitivo. En el primer modelo, son las partes las encargadas de arrimar al proceso las pruebas, en el segundo, el órgano decisor.

Pese a esta distinción, es posible afirmar que todo sistema procesal reconoce a las partes el derecho a la prueba, pues este ha pasado a ser considerado garantía fundamental del proceso⁶. Por tanto, todo ordenamiento procesal es, en parte, un ordenamiento centrado en las partes. Las cuestiones interesantes surgen cuando se inquiere por las facultades probatorias judiciales. Acudiendo al profesor Michele Taruffo, puede decirse que la dinámica que tradicionalmente se reconocía al

⁶ TARUFFO, Michele. La prueba. obra citada, pp. 56 – 58.

proceso⁷, en virtud de la cual las partes aportaban los medios de prueba y el juez tomaba su decisión sobre los hechos del litigio, única y exclusivamente sobre la base de tales pruebas, comenzó a ser repensada en los sistemas procesales modernos. Los motivos de este cambio pueden sintetizarse así:

(...) el surgimiento de concepciones del proceso civil como mecanismo “público” para la protección de derechos y del papel del juez como *longa manus* del Estado que procura tal protección; la tendencia a favor de la búsqueda de la verdad en el proceso civil y la falta de confianza en la iniciativa de las partes; la creciente necesidad de dirección y control por parte del tribunal sobre el procedimiento y la exigencia de de suplementar las iniciativas probatorias de las partes cuando no son suficientes para probar los hechos en disputa. La combinación de estos factores y su influencia en la regulación de la asunción de las pruebas determinó el surgimiento de una tendencia generalizada a favor de que el tribunal tenga un papel activo en la búsqueda de pruebas adicionales a las ofrecidas por las partes⁸.

Se ve pues como la oficiosidad en el recaudo y práctica de la prueba apareció en las legislaciones probatorias por la necesidad de garantizar, entre otros intereses, la averiguación de la verdad en el proceso. ¿Pero si es en verdad una garantía para tal efecto? Un principio de respuesta se encuentra en esta larga pero provechosa cita del profesor Mirjan Damaska:

It can scarcely be disputed that a degree of decision maker passivity during the examination of evidence has its virtues. It is often celebrated by the devotees of the adversary process as the best device for counteracting bias and promoting neutrality. Uninvolved in the development of evidence, the adjudicators can sit back, observe the tapping of informational sources with calm detachment, and suspend their judgment longer than under alternative arrangements. Note the different cognitive situation of decision makers in those procedural systems in which they are also investigators. They inevitably begin much earlier to form some tentative hypotheses about the reality they seek to reconstruct. And because people assimilate information selectively, their reality hypotheses—even if only tentative—make them more receptive to evidence that confirms these early-formed hypotheses.

But the fact finders’ passivity also has serious drawbacks. Knowledge is acquired along varying paths whose direction is difficult for outsiders to anticipate; the human cognitive apparatus is not a passive receptor of experience registering reality in the same way film in a camera receives light. At critical moments in their learning process, the fact finders may need a point to be approached from a particular angle

⁷ Ibídem, p. 111 y ss.

⁸ Ibídem, p. 112.

and clarified. Or their cognitive needs remain unsatisfied, they can become confused and their understanding of evidence seriously —and cumulatively— impaired⁹.

Esta opinión de Damaska está enmarcada en la etapa de formación de la prueba (práctica, diligenciamiento de la prueba) y no específicamente en la del decreto de la prueba. No obstante, plantea un interesante argumento: si bien la pasividad judicial en el momento formativo de la prueba tiene sus ventajas, también trae consigo serias desventajas. Un juez pasivo es un juez fácilmente confundible; un juez a quien se le puede mostrar *cualquier cosa* y convencerlo de su veracidad; un juez acrítico, indiferente, insensible a quien se le puede escapar con facilidad la verdad de los hechos del proceso, fallando en contra de la misma y, por tanto, equivocadamente. Cabría preguntarse incluso si un juez acrítico puede llamarse, *sensu stricto*, juez.

Pues bien: una manera de evitar la pasividad judicial es imponer el deber de decretar pruebas de oficio. De esta manera —se insiste: como *poder-deber* y no como simple facultad— existe un *principio de garantía* de obtención de la verdad: si las partes no aportan las pruebas suficientes y necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos afirmados por ellas, será el juez quien supla tal deficiencia. Pero cuidado: no se dice que la prueba de oficio garantice la averiguación de la verdad. Lo que se afirma es que dicha institución puede llegar a facilitar tal obtención, sobre todo si se instaure como deber, pues así el juez estará obligado a integrar deficiencias probatorias, quedando así en una mejor posición para inferir de las fuentes de prueba conocidas la veracidad de las aseveraciones procesales.

Además, el decreto oficioso de prueba hace parte de esa garantía de la verdad procesal descrita en el numeral 5.3.3. y denominada, en términos muy generales, *principio de la inmediación probatoria*. La prueba de oficio fertiliza el terreno en el que se debe dar esa relación directa entre el juez y los elementos probatorios, sin óbices que medien entre el funcionario judicial y las pruebas que ha de valorar, que supone la *immediatezza*.

Pero dejando de lado esta perspectiva jurídico para concentrar el análisis en una epistémica, es claro que resultaría contradictorio afirmar que la persona sobre quien recae la responsabilidad de establecer la verdad de un

⁹ DAMASKA, Mirjan. *Evidence Law Adrift*. Obra citada, pp. 95 – 96.

juicio —el juez— careciera de la posibilidad de obtener por sí mismo los conocimientos necesarios para tal efecto, cuando otros sujetos —las partes, los terceros— no se lo hayan suministrado.

En este punto, es menester advertir que la iniciativa instructora del juez no puede suplir la de las partes hasta el punto de sobrepasarla sin que haya necesidad. De lo contrario, es evidente que el juez deja su puesto neutral, confundiéndose su actividad probatoria con la de las partes y demás sujetos parciales. Taruffo, al referirse a los poderes de instrucción reconocidos a los jueces, entre los que se destaca la potestad de decretar oficiosamente la práctica de pruebas, dice lo siguiente:

Se debe subrayar, en efecto, que los poderes que se le confieren al juez se configuran como accesorios y complementarios respecto de las iniciativas probatorias de las partes. Si, como a menudo ocurre, las partes ejercen cabalmente su derecho a la prueba y aportan todas las pruebas disponibles respecto a los hechos de la causa, el juez no tendrá ocasión de ejercer sus poderes y, por consiguiente, se mantendrá legítimamente pasivo. Sólo en caso de que descubra (a partir de los materiales del proceso, no por su “conocimiento privado”) que existe una prueba relevante que no ha sido presentada por las partes, entonces el juez puede (y probablemente *debe*) debe disponer de oficio la asunción de esa prueba, o requerir a las partes para que la aporten. En ningún caso se prevé que el juez se transforme en un inquisidor en el que se concentren todos los poderes de instrucción y de descubrimiento de la verdad, comprimiendo o incluso anulando los poderes probatorios de las partes. En realidad, su rol es bastante más modesto y razonable, y consiste en comprobar si las partes han aportado todos los datos cognoscitivos disponibles para determinar la verdad de los hechos y en asumir un papel activo si es que eso no ha ocurrido¹⁰.

Pareciera que la normativa colombiana no se acomodara a esta última exigencia. Los artículos que se vienen analizando no advierten al juez que sus poderes de instrucción son accesorios respecto de los de las partes, lo que pareciera permitir que el juzgador se tornara, si así lo dispusiese, en un inquisidor. En ninguna otra disposición en las que se reconoce al juez la facultad de decretar pruebas de oficio se hace esta advertencia, entre las que están, a guisa de ejemplo y además de las ya mencionadas, el artículo 202 C.P.C., donde se reitera la misma facultad en relación con el interrogatorio de parte; el 233 C.P.C. inc. 3º, que hace lo propio en relación con el decreto oficioso de un nuevo dictamen pericial “cuando el juez considere que el dictamen no es suficiente”; el 237 C.P.C. numeral 3º, que

¹⁰ TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Obra citada, p. 199.

faculta al juez, “si lo estima necesario”, para recibir los testimonios de terceros que proporcionaron informaciones a los peritos durante el curso de sus investigaciones. Sólo en relación con el decreto oficioso de la prueba testimonial existe una clara limitación: sólo podrán citarse como testigos las personas nombradas por las partes o que hayan sido mencionadas con ocasión de la práctica de otra prueba. Es una limitación razonable, pues impide que el juez, sólo respecto del testimonio, se convierta en un *investigador independiente* que, gracias a sus *conocimientos privados*, supiera a quién indagar sobre los hechos del litigio.

Empero, los artículos en mención deben armonizarse con la siguiente disposición, contenida en el artículo 177 C.P.C.:

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Está claro que al instaurar la *carga de la prueba* en cabeza de las partes procesales, las potestades instructoras del juez deben compaginarse con dicha situación jurídica (pues de lo contrario se estaría en frente de una contradicción insalvable, lo que no ocurre en realidad). Así, es justo concluir que el poder-deber de decretar pruebas de oficio no puede suplantar la carga probatoria que disciplina la actividad de las partes: éstas, en cumplimiento de la carga en mención, deberán aportar las pruebas necesarias, siendo sólo legítimo que el juez ejerza sus poderes de instrucción cuando, siendo posible para las partes, éstas no aportan las pruebas suficientes.

Más adelante se discutirá con mayor profundidad las implicaciones, en relación con la averiguación de la verdad, de la institución de la carga de la prueba. Por el momento, en cambio, es posible concluir que el poder-deber de decretar y practicar pruebas de oficio reconocido al juez es un instrumento que sirve al objetivo institucional de encontrar la verdad en el proceso. Pero sería conveniente que el legislador, de manera expresa, prescribiera que este poder se encuentra supeditado a un uso indebido o incompleto de las iniciativas probatorias de las partes, pues la manera como se encuentra plasmado en Código de Procedimiento Civil, es susceptible de interpretaciones que faciliten la instauración de un juez-inquisidor.

5.4.3. Carga de la prueba y prescindencia del procedimiento probatorio.

El epígrafe anterior culminaba con una referencia a la carga de la prueba. Este apartado comenzará por analizar la incidencia de esta institución en el objetivo de determinar la verdad en el proceso jurisdiccional. Más adelante, se tocará la posibilidad que el ordenamiento probatorio reconoce a las partes para que se prescinda del periodo probatorio dentro del proceso, procediendo el juez a fallar con las pruebas que se hayan incorporado con la demanda y la respuesta a la misma. Será así pues ambas instituciones, vistas de manera superficial, se muestran como *enemigas* de la búsqueda procesal de la verdad.

La carga de la prueba es regulada por el artículo 177 C.P.C. de la siguiente manera:

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba

Si bien se ha transcrito el texto en su totalidad, es claro que sólo el primer inciso se refiere al concepto en cuestión. Para entender en qué consiste, basta advertir que la formulación la decisión final en el proceso puede resultar particularmente problemática por falta de pruebas. Al momento de proveer sentencia de fondo, es posible que el juez advierta que no cuenta con suficientes elementos de juicio que le permitan tomar una decisión sobre la comprobación de los hechos sometidos a juicio.

En ámbitos distintos al proceso —la investigación científica o histórica, por ejemplo— la falta de elementos que permitan concluir probada una aserción, genera simplemente la imposibilidad de tomar una decisión definitiva respecto de los hechos estudiados. No así en el derecho, donde resulta necesario que los litigios que son objeto de procesamiento sean dirimidos mediante sentencias de fondo, pues de no ser así, se corre el peligro que los mismos se transformen en conflictos más graves¹¹. ¿Qué

¹¹ Al respecto, resulta interesante el siguiente comentario de Carnelutti: “No hay necesidad de agregar que la litis es una situación peligrosa para el orden social. La litis no es todavía un delito, pero lo contiene en germen. Entre litis y delito, hay la misma diferencia que existe entre peligro y daño. Por eso litigiosidad y delincuencia son dos índices correlativos

hacer entonces? ¿Cómo tomar una decisión definitiva frente a unos hechos inciertos, dudosos?

La respuesta a estos interrogantes se encuentra la carga de la prueba. Aunque la misma aparece sólo si se formula la pregunta correcta, lo que implica reformular los interrogantes antedichos. Así, la pregunta que inquiere por qué hacer en un proceso jurisdiccional en caso de duda en relación con los hechos del litigio, puede presentarse en los siguientes términos distintos pero isomorfos: ¿Sobré cuál de las partes del proceso jurisdiccional recaen las consecuencias desfavorables de la duda que cabe respecto de la verdad de una aserción? O mejor aún: ¿Cuál parte pierde, debiendo el juez fallar incluso existiendo dudas sobre la verdad? Pues la institución de la carga de la prueba se encarga de señalar la parte que pierde el proceso, en los casos en que no se cuenta con las pruebas necesarias para verificar con suficiencia los hechos litigiosos.

Es así como esta institución se perfila como una *regla de juicio*, esto es: como una directriz, dirigida al juez, que le indica cómo ha de enjuiciar (decidir, fallar) un pleito determinado. Más claras al respecto son las palabras de Michelli, cuando afirma que en tratándose de la carga de la prueba, existe

(...) un fenómeno único, consistente en la existencia de una regla de juicio, en virtud de la cual el juez es colocado en la condición de pronunciar en todo caso, aún cuando él no esté en situación de formarse la propia convicción acerca de la existencia de los hechos relevantes¹².

Así las cosas, se tiene el siguiente escenario: un juez decidirá una causa de acuerdo a las pruebas debidamente recaudadas en el proceso, a partir de las cuales realizará las inferencias necesarias para decidir la verdad o falsedad de las aseveraciones de las partes; con todo, en caso de no obrar prueba suficiente en el proceso para tal efecto, el juez tomará la decisión correspondiente con base a la carga de la prueba, regla de juicio que indica qué parte ha de sufrir los efectos desfavorables de la ausencia o insuficiencia de prueba.

de incivildad: cuando más civil o civilizado es un pueblo, menos delitos se cometen y menos litigios surgen en su seno”, cf.: CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se Hace un proceso*. Cuarta impresión de la segunda edición. Bogotá: Temis, 2004, p. 24.

¹² MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis, 1989, p. 157.

De lo anterior, surge una situación bien particular: por un lado —tal y como se ha afirmado en sendas ocasiones en este escrito— se tiene el objetivo institucional de averiguación de la verdad en el proceso civil, extraído de las normas que conforman el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente en lo que respecta a las que regulan la actividad probatoria; por otro lado, aparece una norma, contenida en el artículo 177 C.P.C., que puede verse como una *exención probatoria*, por cuenta de la cual se aminoran (o eliminan) los efectos negativos de la falta de prueba, permitiéndole al juez ejercer la potestad jurisdiccional aún careciendo de cualquier certeza en relación con los hechos que está regulando a través de la sentencia. Es como si el legislador dijera al juez: “tu deber es verificar los hechos del litigio y, por eso, debes incluso decretar oficiosamente la práctica de pruebas”, pero simultáneamente le susurrara: “tranquilo, que si no pruebas, de todas maneras te diré cómo fallar”. En suma: parece que hay una flagrante contradicción.

Antes de arribar a tal conclusión, téngase en cuenta que, tal y como lo resalta Taruffo, la carga de la prueba juega un rol epistémico, pues al señalar quien resultará vencido por falta de prueba,

(...) apunta ante todo a imponer a quien haya alegado un hecho la carga de demostrar con pruebas que ese hecho ocurrió verdaderamente. Esta regla está dirigida, entonces, a favorecer la determinación de la verdad y a lograr que la decisión final se funde en esa determinación. Presiona a la parte que ha alegado un hecho para que suministre su prueba, amenazándola —por decirlo así— con la derrota en el caso que el hecho no resulte probado. Tan sólo en esta situación la regla prevé que se adopte, en todo caso, una decisión, *a falta* de una determinación verdadera del hecho.

Desde este punto de vista, la carga de la prueba, antes de negar la búsqueda de la verdad, colabora a su obtención. Empero, podría dudarse de la coherencia de un ordenamiento jurídico que postula, aún implícitamente, la búsqueda la verdad como uno de sus objetivos procesales y, a la vez, instaura la carga de la prueba como un *instrumento epistémico*.

En opinión del autor de este trabajo, la carga de la prueba no comporta ninguna contradicción en relación con la necesidad de determinar la verdad en el proceso jurisdiccional. Adviértase que, tal y como se manifestaba en el numeral anterior, el juez colombiano se encuentra investido de un poder de instrucción cuyo ejercicio es un verdadero deber:

el decreto oficioso de prueba. Recuérdesse que dicho poder es accesorio respecto de los derechos probatorios de las partes (derechos que, en relación con su ejercicio, son cargas para sus titulares). Que sea accesorio, significa que el juez sólo puede hacer uso del poder de decretar pruebas de oficio cuando las pruebas aportadas por las partes resultan insuficientes para concluir cuáles de sus aseveraciones son verdaderas y cuáles son falsas. ¿Pero qué hacer en aquéllos casos en los que, aún reconociéndole iniciativa probatoria al juez, no es posible recolectar el material probatorio que baste para la comprobación de los hechos? ¿Qué hacer cuando el juez se encuentra atrapado con los hechos aseverados por las partes, pues no tiene como probarlos ni cómo investigar allende a éstos? Pues, como ya se ha anotado, que el juez goce de potestades de instrucción no significa que se torne en un inquisidor, habilitado para hacer uso de sus “conocimientos privados”. Por el contrario: sólo puede ejercer sus poderes de prueba en relación con aquellos hechos aseverados por las partes, sin tener permitido salirse del *mapeado fáctico* delineado por las partes. En un supuesto así, en los que la posibilidad de decretar pruebas de oficio se muestra claramente insuficiente, debe acudir por necesidad a las cargas probatorias, que indican cómo ha decidirse el litigio en cuestión, pues en caso contrario, éste quedará sin solución.

De este modo, la carga de la prueba, más que un punto contradictorio en el ordenamiento jurídico, se asoma como el *reconocimiento* del legislador de la falibilidad del juez en relación con la búsqueda de la verdad, en casos de prueba ausente o insuficiente. La verdad, dentro del proceso jurisdiccional, habrá de buscarse *en la medida de las posibilidades*; cuando esto no sea posible, deberá acudir el juez a las disposiciones de la carga de la prueba para poder cumplir con el deber de decidir que sobre él recae.

Análisis similar merece la disposición del artículo 186 C.P.C., que dice lo siguiente:

Prescindencia total o parcial del término probatorio. Las partes pueden pedir de común acuerdo, en escrito autenticado como se dispone para la demanda, que se proceda a dictar sentencia con base en las pruebas acompañadas a la demanda y a la contestación, o que se dé por concluso anticipadamente el término para la práctica de pruebas, desistiendo de las que estén pendientes, a fin de que el proceso continúe su curso.

Cuando no se hayan pedido pruebas oportunamente o concluida la práctica de todas las decretadas, se prescindirá del término señalado por la ley para su recepción o se declarará concluido, según las circunstancias.

En todo caso, el juez podrá decretar y practicar oficiosamente las pruebas que estime convenientes para la verificación o aclaración de los hechos.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable a los incidentes y a los demás trámites dentro de los cuales exista la práctica de pruebas.

Para efectos de este apartado, interesa del artículo anterior, de manera principal, el punto relacionado con la posibilidad, reconocida a las partes, de solicitar la prescindencia total o parcial del término probatorio, lo que significa prescindir de gran parte del procedimiento probatorio que se desarrollo en el proceso jurisdiccional.

Prima facie, podría decirse que el legislador, al consagrar la norma que se deriva del artículo en comento, contraviene el objetivo de determinar la verdad en el proceso jurisdiccional, pues permite a las partes excluir del proceso(o por lo menos reducir considerablemente) la oportunidad que éste tiene para la práctica de las pruebas (para la aportación de elementos de juicio).

Se observa, sin embargo, que el legislador probatorio *compensa* esta facultad reafirmando que el juez puede practicar pruebas de oficio. Las partes pueden solicitar que se prescinda del término probatorio y se falle con las fuentes de prueba obrantes hasta ese momento, pero el juez puede sopesar esta solicitud con su necesidad de más prueba, siéndole posible ordenar la práctica de medios probatorios distintos a las ofrecidos o pedidos por las partes. Sólo si el juez ya cuenta con todos los elementos necesarios para tomar su decisión respecto de los hechos aseverados, podrá aceptar una solicitud de las partes hecha en tal sentido. Si no fuese así, deberá decretar pruebas de oficio.

De lo anterior puede extraerse una interesante conclusión: si el juez acepta la solicitud que hacen las partes en el sentido de pretermittir total o parcialmente el periodo de prueba, posteriormente no podrá afincar su fallo en las cargas probatorias. De ser así, estaría reconociendo que no contaba con los elementos suficientes para fallar, lo que implicaría una violación a su deber de decretar pruebas de oficio cuando no tenga las pruebas necesarias.

Las dos instituciones analizadas, que en apariencia suponían una derrota en relación con la pretensión institucional de determinar la verdad en el seno del proceso, aparecen ahora como instrumentos que no contradicen ni afectan la búsqueda de la verdad. Por tanto, es justo decir que tanto la carga de la prueba como la posibilidad de prescindir del periodo probatorio, tal y como fueron reguladas por el legislador probatorio colombiano, permiten la averiguación de la verdad en el proceso jurisdiccional civil.

5.4.4. Reglas de valoración probatoria.

Dice el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil:

Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

Aparte de este enunciado, se encuentran a lo largo del texto del C.P.C. otros textos legislativos en los que se alude a estas reglas: el artículo 216.2 dice lo siguiente:

Son inhábiles para testimoniar en un proceso determinado:

(...)

2. Las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Por su parte, el artículo 261 C.P.C. dice lo siguiente:

Los documentos rotos, raspados, o parcialmente destruidos, se apreciarán de acuerdo con las reglas de la sana crítica; las partes enmendadas o interlineadas se desecharán, a menos que las hubiere salvado bajo su firma quien suscribió o autorizó el documento.

El artículo 264 C.P.C. dice que:

(...)

Las declaraciones que hagan los interesados en escritura pública, tendrán entre éstos y sus causahabientes el alcance probatorio señalado en el artículo 258; respecto de terceros; se apreciarán conforme a las reglas de la sana crítica.

Finalmente, el artículo 278 C.P.C. dice lo que sigue:

Los informes de bancos e instituciones de crédito establecidos en el país, sobre operaciones comprendidas dentro del género de negocios para los cuales estén legalmente autorizados y que aparezcan registradas en sus libros o consten en sus archivos, se considerarán expedidos bajo juramento y se apreciarán por el juez de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

De la lectura de estos enunciados, puede excogitarse una primera conclusión: en ninguno de ellos se encuentra una descripción clara de tales reglas, así como tampoco se detallan parámetros para su utilización. Poco o nada sirve que el legislador remita al juez a unas *reglas de la sana crítica*, sin especificar qué son y cuáles son tales reglas. Es un claro vacío legislativo que debe integrarse con la doctrina y/o con la jurisprudencia nacional.

En lo que se refiere a la doctrina, un acrisolado y conciso concepto se encuentra en la obra del autor uruguayo Eduardo J. Couture, quien dice que las reglas de la sana crítica

(...) son reglas del correcto entendimiento de lo bueno; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia¹³.

En el campo nacional, Hernán Fabio López Blanco, por ejemplo, dice lo siguiente al analizar el artículo 187 C.P.C.:

Se introduce entonces la expresión “sana crítica” que conlleva la obligación para el juez de analizar en conjunto el material probatorio para obtener, aplicando las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia, la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que corresponda (...)¹⁴.

Parra Quijano, refiriéndose a estas reglas, manifiesta lo que:

¹³ COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Tercera edición. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 131.

¹⁴ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Obra citada, p. 63.

La crítica razonada la debe hacer el juez, lo que significa que no se trata de consagrar la arbitrariedad, sino de obligarlo al empleo de las reglas de la experiencia, de la lógica, de la historia, de la sicología, de la sociología, de la imaginación (la que también tiene sus reglas, para el caso del juzgador), para que en cada proceso administre justicia con más acierto, ya que valorará la prueba de acuerdo con lo dicho y para el caso concreto¹⁵.

En relación con la jurisprudencia, se advierte primeramente que esta investigación nunca ha pretendido estudiar de manera exhaustiva los desarrollos jurisprudenciales relativos al derecho de las pruebas y, por lo tanto, lo que a continuación se dirá parte de un análisis muy superficial de algunas sentencias. Advertido esto, Téngase en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-622 de 1998:

Cuando una controversia entre particulares debe ser dirimida por el juez competente, éste deberá definirla a partir del análisis que realice del acervo probatorio, el cual está en la obligación de estudiar de acuerdo con las reglas que le impone el sistema de la sana crítica, lo que implica confrontarlas, permitir que las partes las contradigan y si es del caso las desvirtúen, y ponderarlas en conjunto, a la luz de su saber técnico específico y su experiencia.

Asimismo, considérese la sentencia C-202 de 2005, en la que la Corte Constitucional dice lo siguiente:

De acuerdo con la doctrina jurídica procesal, en materia de apreciación de las pruebas, es decir, de la actividad intelectual del juzgador para determinar su valor de convicción sobre la certeza, o ausencia de ésta, de las afirmaciones de las partes en el proceso, existen tres (3) sistemas, que son:

i) El sistema de *íntima convicción o de conciencia o de libre convicción*, en el cual se exige únicamente una certeza moral en el juzgador y no se requiere una motivación de su decisión, es decir, no se requiere la expresión de las razones de ésta. Es el sistema que se aplica en la institución de los llamados jurados de conciencia o jueces de hecho en los procesos penales en algunos ordenamientos jurídicos.

ii) El sistema de la *tarifa legal* o prueba tasada, en el cual la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él.

¹⁵ PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*. Obra citada, p. 233.

Este sistema requiere una motivación, que lógicamente consiste en la demostración de que el valor asignado por el juzgador a las pruebas guarda total conformidad con la voluntad del legislador.

iii) El sistema de la *sana crítica o persuasión racional*, en el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Este sistema requiere igualmente una motivación, consistente en la expresión de las razones que el juzgador ha tenido para determinar el valor de las pruebas, con fundamento en las citadas reglas.

El último de los sistemas mencionados es el consagrado en los códigos modernos de procedimiento, en las varias ramas del Derecho, entre ellos el Código de Procedimiento Civil colombiano vigente, que dispone en su Art. 187

En sentencia del 30 de septiembre de 2004, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con Pedro Octavio Munar Cadena como Magistrado Ponente (expediente de casación número 7549), trayendo a colación otros pronunciamientos de esta Corporación, manifestó lo siguiente:

Las reglas del criterio humano influyen en diversos aspectos de la actividad jurisdiccional, principalmente, en lo relativo a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en la elaboración de presunciones, en la apreciación de la prueba con miras a la formación de la convicción del juez y, finalmente, para colmar aquellos preceptos jurídicos incompletos que deben ser complementados por el sentenciador. En tratándose de la estimación probatoria, la sana crítica apareja aquel modo de apreciar la prueba en el que el juzgador, “teniendo por derrotero únicamente las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia que, según su entender, sean aplicables a un determinado caso, goza de libertad para valorarla, cuidándose, claro está, de exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba. A tal sistema de valoración alude el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil” (casación del 16 de noviembre de 1999).

Dicho sistema de valoración de las pruebas se encuentra estructurado sobre la libertad y autonomía del juzgador para determinar el peso de las mismas y obtener su propio convencimiento, bajo el apremio, únicamente, de enjuiciarlas por medio del sentido común, la lógica y las reglas de la experiencia, entendiendo por estas últimas, aquellos dictámenes hipotéticos de carácter general originados en el saber empírico, a partir de situaciones concretas, pero que, desligándose de éstas, adquieren validez en nuevas circunstancias o, lo que es lo mismo, “aquellas máximas nacidas de la observación de la realidad que atañe al ser humano y que sirve de herramienta para valorar el material probatorio de todo juicio” (casación del 24 de marzo de 1998). Si bien, como ya se ha dicho, el sistema de la sana crítica se finca sobre la libertad del juzgador en la actividad intelectual que presupone la

valoración de la prueba, éste, al realizar la labor que se le ha confiado no puede descarriarse hacia la arbitrariedad, pues la ponderación de las pruebas se encuentra sometida a la racionalidad nacida de las máximas de la lógica y las reglas de la experiencia.

Estas reglas, hay que decirlo de una vez, son parte de la argumentación del juez y no constituyen en sí mismas prescripciones, pues carecen de vinculación normativa, ya que asumen la apariencia de proposiciones del ser, es decir, de como son las cosas, no prescriptivas de como deberían ser. Son principios de contenido fáctico que se caracterizan por tener valor general, por ser variables, heterogéneas y estar en constante y permanente transformación, cabalmente por encontrarse fincadas en la cotidianidad del ser humano, sometidas, subsecuentemente, al dinamismo propio del acontecer social. De ellas se vale el juzgador para enjuiciar las diversas afirmaciones del proceso, rechazando aquellas que las contraríen y para aceptar y concordar las que se relacionen con la realidad social.

Dada su naturaleza, no es factible que el legislador las plasme en normas jurídicas, desde luego que es imposible que éste condense en un texto legal las reglas de la lógica y las máximas científicas o de la experiencia de las que se pueda valer el juez para valorar las pruebas e, inclusive, de ser ello posible, dejaría de ser un sistema fincado en la libertad del juez para regresarse a uno de tarifa legal. En ese orden de ideas, la sana crítica en la apreciación de las pruebas presupone una abdicación de la soberanía del legislador en la materia, para confiársela la actividad discrecional del juez, no reglada, obviamente, por la ley.

De este breve recuento de algunas manifestaciones doctrinarias y jurisprudenciales, se concluye que en el ordenamiento probatorio civil colombiano las reglas de la sana crítica aluden a criterios metajurídicos, extraídos de variopintos ámbitos (ciencias naturales, ciencias exactas, ciencias del espíritu, etcétera), reconducibles a la vaga y ambigua idea de “máximas de la experiencia”.

No es éste el escenario para discutir el concepto de *máximas de la experiencia* ni su vigencia frente a las exigencias dogmáticas y forenses actuales. Lo que sí debe resaltarse es la insuficiencia de los enunciados normativos para guiar al juez hacia la consecución de los objetivos trazados desde la Constitución y la Ley, en lo que respecta a la actividad valorativa de la prueba. El Derecho Probatorio dice al juez: “averigua la verdad de los hechos del litigio, para que tu decisión sea correcta”, pero no pone a su disposición criterios de valoración de la prueba que sirvan de estándares decisionales en relación con la verdad de los enunciados. En definitiva: se espera que el juez *motu proprio* acuda a desarrollos jurisprudenciales pero, de manera principal, a elucubraciones científicas en

busca de guía y consejo frente al cumplimiento de sus funciones como *juzgador de los hechos*.

Lo que destila esta ausencia de parámetros de orden legal es un temor legislativo a instaurar un régimen de tarifa legal, en el que la estimativa de la prueba venga determinada por el legislador en un sistema en el cual la ley señala *ex ante* el *peso* de las fuentes de pruebas transmitidas al juez en un proceso. Al exhortar al juez a buscar por fuera del proceso y del derecho las pautas valorativas de las pruebas, se quiere evitar cualquier clase de injerencia irrazonable por parte del poder legislativo en las decisiones de los jueces en relación con el valor de las pruebas. Pero por cuenta de tal intensión (indudablemente loable), se ha dejado sólo al funcionario judicial.

Apropiadas a este respecto resultan las palabras del profesor Nieva Fenoll, quien al analizar el sistema de la tarifa legal, manifiesta lo siguiente:

(...) todo ello eran reglas racionales en su momento. Quiero decir que se tratada de preceptos que tenían buenas intenciones, y trataban de que el juez no se equivocara. Cuando se llegó a la conclusión de que esas directrices llevaban al juez al error, renació de sus cenizas el sistema de valoración libre. Pero todo ello no sirve de mucho. Si el sistema de prueba legal ayuda al juez a juzgar, aunque sea mal, el sistema de valoración libre no le ayuda en absoluto, quedando todo en manos de que el juez sea honesto, imparcial y tenga un buen criterio personal¹⁶.

En definitiva: el orden probatorio civil colombiano no cuenta con directrices legales que encaucen el trabajo interpretativo y estimativo del juez en relación con las fuentes de prueba arribadas al proceso. Esta falta, si bien implica el respeto por parte del legislador de la autonomía judicial en tratándose del manejo de las pruebas, dificulta la determinación de la verdad en el proceso, pues los estándares de prueba a los que puede acudir el juez con miras a decidir sobre la verdad de un enunciado, son sólo aquéllos que él mismo quiera y decida consultar. Son muchos los autores que tratan el problema de los criterios garantes de la verdad en el proceso¹⁷ y, por lo mismo, muchas son las opciones doctrinarias que tiene a la mano un juez al momento de valorar una fuente de prueba. Pero el problema sigue siendo el mismo: el ordenamiento probatorio depende de

¹⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Obra citada, p. 97.

¹⁷ Véase al respecto el epígrafe número 5.2.2. de este trabajo.

la voluntad del juez a este respecto, lo que depende, a su vez, de que el juez tenga conciencia de su propia falibilidad y necesidad de estudio.

Es menester encontrar *un punto medio*, en el que la injerencia legislativa guíe la actividad jurisdiccional de manera razonable, proporcionada. Aquí entra en juego el principio de proporcionalidad estudiado someramente en el numeral 5.3.4 de este escrito. Otorgarle herramientas legislativas que ayuden al juez a valorar la prueba es una finalidad constitucionalmente admisible, pues la misma no contraviene ninguna norma de rango constitucional. El análisis que a continuación debe hacerse es si las medidas adoptadas por el legislador para tal efecto cumplen con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, exigidos por el principio en mención.

5.4.5. Motivación de la decisión judicial.

El artículo 304 del C.P.C. dice lo que sigue:

Contenido de la sentencia. En la sentencia se hará una síntesis de la demanda y su contestación. La motivación deberá limitarse al examen crítico de las pruebas y a los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, y citando los textos legales que se apliquen.

La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula "administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley"; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir, con arreglo a lo dispuesto en este Código.

La redacción de toda sentencia deberá iniciarse en folio que no contenga actuación alguna, ni escrito en las partes, y de ella se dejará copia en el archivo de la secretaría.

En relación con el objeto de esta investigación, nótese que el legislador ordena al juez que exprese, al momento de elaborar la parte motiva de la sentencia, un "examen crítico de las pruebas". Pero en ningún otro lugar del Código de Procedimiento Civil (ni en otro texto normativo), se especifican los requisitos ni las condiciones que regulan este examen crítico. No existe ningún estándar normativo que indique cómo ha de motivar el juez su decisión sobre los hechos del proceso.

Esta falta de preocupación legislativa en relación con los estándares de motivación de una decisión jurisdiccional, hace pensar que a los ojos del poder legislativo colombiano, la motivación de una sentencia, especialmente en lo que se refiere a la exteriorización de las razones de la valoración probatoria efectuada, es un tema de poca monta.

Valdría oponer a esta desidia legislativa las siguientes palabras de Luigi Ferrajoli, que si bien están inmersas en una reflexión sobre el poder punitivo del Estado y el proceso penal, son igualmente válidas para el proceso jurisdiccional civil:

Se entiende, después de todo lo dicho, el valor fundamental de este principio (el de motivación de las providencias judiciales), y al mismo tiempo garantiza, la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la *estricta legalidad* y de hecho a la *prueba* de la hipótesis acusatoria. Es por la motivación como las decisiones judiciales resultan avaladas y, por tanto, legitimadas por aserciones, en cuanto tales verificables y refutables, aunque sea de manera aproximativa; como la “validez” de las sentencias resulta condicionada por la “verdad”, aunque sea relativa, de sus argumentos; como, en fin, el poder jurisdiccional no es el “poder tan inhumano” puramente potestativo de la justicia del cadí, sino que está fundado en el “saber”, también sólo opinable y probable, pero precisamente por ello refutable y controlable tanto por el imputado y por su defensa como por la sociedad. Precisamente, la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto *en derecho*, por violación de la ley o defectos de interpretación o subsunción, como *en hecho*, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas¹⁸.

Tanto en el proceso penal como en el civil, es necesario tener certeza de los motivos que han llevado al juez a fallar de una determinada manera, pues sólo así puede efectuarse un real control sobre la potestad jurisdiccional. Por tanto, es justo decir que el legislador procesal civil colombiano, al quedarse muy corto en la forma de regular la motivación de la *quaestio iuris* y la *quaestio facti* en la sentencia, hace más difícil la ejecución de cualquier acto de control sobre los proveimientos del juez.

La jurisprudencia ha intentado corregir esta incompletud legislativa. En la sentencia C-590 de 2005, no obstante enmarcada en materia procesal penal pues por medio de ella se declaró inexecutable una disposición del

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. *Teoría del garantismo penal*. Quinta edición. Madrid: Trotta, 2001, p. 623.

Código de Procedimiento Penal (ley 906 de 2004), la Corte Constitucional resumió años de desarrollo jurisprudencial dedicado a estudiar el fenómeno de la acción de tutela contra providencias jurisdiccionales. Se transcribe gran parte de esta sentencia por considerarse imprescindible para el correcto análisis de la problemática planteada:

A pesar de que la Carta Política indica expresamente que la acción de tutela procede “*por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*” susceptible de vulnerar o amenazar derechos fundamentales, en algunos ámbitos se ha cuestionado su procedencia contra sentencias, no obstante tratarse de actos emanados de jueces y tribunales en tanto autoridades públicas y la consecuente posibilidad, aunque sumamente excepcional, de que a través de tales actos se vulneren o amenacen derechos fundamentales.

Sin embargo, el panorama es claro ya que como regla general la acción de tutela no procede contra decisiones judiciales y esto por varios motivos.

(...)

Con todo, no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales.

En ese marco, los casos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales han sido desarrollados por la doctrina de esta Corporación tanto en fallos de constitucionalidad, como en fallos de tutela. Esta línea jurisprudencial, que se reafirma por la Corte en esta oportunidad, ha sido objeto de detenidos desarrollos. En virtud de ellos, la Corporación ha entendido que la tutela sólo puede proceder si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad. Dentro de estos pueden distinguirse unos de carácter general, que habilitan la interposición de la tutela, y otros de carácter específico, que tocan con la procedencia misma del amparo, una vez interpuesto.

Los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales son los siguientes:

- a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional (...)
- b. Que se hayan agotado todos los medios-ordinarios y extraordinarios-de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable (...)

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración (...)

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora (...)

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible (...)

f. Que no se trate de sentencias de tutela (...)

Ahora, además de los requisitos generales mencionados, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas. En este sentido, como lo ha señalado la Corte, para que proceda una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, al menos, uno de los vicios o defectos que adelante se explican.

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales^[x] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución (...)

Las decisiones sin motivación se convierten así en una de las diversas puertas de ingreso a una posibilidad excepcional: promover una acción de tutela contra las decisiones judiciales. Así, queda de alguna manera disminuido el vacío generado por el legislador al enunciar, en forma sintética y en demasía escueta, el deber de motivación de las sentencias.

No obstante lo anterior, nótese que el problema principal subsiste: no existen criterios normativos que indiquen al juez la manera motivar sus decisiones, sobre todo en lo que se refiere al aspecto probatorio, así como no hay herramientas que indiquen al juez la forma como ha de expresar dicha motivación en la sentencia.

Para contrarrestar esta situación de manera completa y satisfactoria, sería menester que, desde las esferas legislativas, se elaborara toda una normativa dirigida al aspecto argumentativo y justificativo de la providencia judicial. Teniendo en cuenta la advertencia hecha en el epígrafe anterior: las intervenciones legislativas en aspectos que tocan de manera directa las maneras como se ejerce la potestad jurisdiccional, siempre traen consigo el peligro de afectar de manera desproporcionada la independencia judicial. Es por ese que la injerencia del legislador, además de perseguir fines admitidos por la Carta Política, ha de ser *idónea*, *necesaria* y *proporcional en sentido estricto*, esto es: debe ser respetuosa de la máxima de proporcionalidad.

5.4.6. La declaración de parte.

El análisis de este medio de prueba en relación con la determinación de la verdad en el proceso civil comienza con la formulación de un interrogante: ¿Qué es, *stricto sensu*, la declaración de parte entendida como medio de prueba?

Si se toman en consideración los enunciados normativos relativos a la declaración de parte contenidos en el Código de Procedimiento Civil, se notará que los mismos se refieren de manera principal a la *confesión*, surgiendo así necesariamente otra cuestión: ¿La confesión y declaración de parte son conceptos sinónimos?

A esta última, Devis Echandía responde de manera negativa: no son lo mismo; la confesión es una especie del género declaración de parte. Dice el señor Echandía:

El interrogatorio de parte con fines de prueba persigue obtener su declaración sobre el conocimiento que tengan de los hechos que interesan al proceso, como fuente de convencimiento del juez (...) Durante siglos se consideró este interrogatorio como instrumento para obtener la confesión judicial de las partes, es decir, para el reconocimiento de hechos desfavorables al interrogado, en razón de que desde los tiempos del derecho romano se negaba todo valor probatorio a la declaración de parte favorable a sus intereses (...) Pero el moderno derecho exige someter esta prueba, como las otras, al libre criterio del juez, y, por lógica consecuencia, de restituírle su naturaleza de declaración, válida también en lo favorable al declarante, aun cuando, como es natural, sin alcance de plena prueba de esta parte y sujeta a una rigurosa y libre crítica del funcionario (...) ¹⁹.

Así, la declaración de parte sería, como su nombre lo indica, una manifestación de parte con alcances probatorios, siendo la confesión aquella manifestación cuyo contenido implica el reconocimiento de hechos desfavorables para el declarante.

Esta distinción conceptual es admitida por López Blanco cuando resalta que:

El interrogatorio de parte pueda dar lugar a una confesión, pero no fatalmente así debe suceder pues en veces la prueba queda en el campo de la declaración de parte sin las consecuencias de aquella, por no implicar la aceptación de hechos perjudiciales para quien declara ²⁰.

Pero en realidad no parece ser tan fácil admitir lo dicho por los autores citados. Si se considera que es cierto que una declaración de parte puede tener efectos probatorios aún cuando ella no implique una confesión, se acepta que una aseveración (relativa a los hechos del litigio), emitida por una de las partes del proceso, pueda ser probada por una declaración formulada por la misma parte. En otras palabras: la parte interesada en que se dé por probado un hecho (por ejemplo, que se considere existente), colabora en la actividad probatoria afirmando hechos que sirvan para tal efecto (por ejemplo, diciendo que el hecho ocurrió). Así, se lo que se

¹⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo Primero. Obra citada, p. 549.

²⁰ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Obra citada, p. 100.

persigue es la prueba del pago de una obligación, a través de la declaración de parte se podría afirmar que el pago se efectuó, aportándole así elementos de juicio al juez que le permitan arribar a una conclusión sobre los hechos discutidos.

Es más: reconocerle valor probatorio a las declaraciones favorables de parte, implicaría distinguir entre la narración de los hechos, con fines descriptivos, realizada por la parte en su demanda o en su contestación de demanda y la narración de los hechos, con fines probatorios, realizada por la parte con miras a *probar* los hechos de la narración descriptiva.

En el fondo se esta discusión reposa la posibilidad de servirse del conocimiento de las partes para probar las aseveraciones procesales, o lo que es lo mismo: sobre la posibilidad de tratar a las partes como testigos.

Al respecto, Taruffo dice lo siguiente:

En general las partes son quienes mejor conocen los hechos en litigio. Sin embargo, lo que más les interesa es manipular, distorsionar y ocultar la verdad. Por consiguiente, aunque el conocimiento de las partes pueda ser útil para descubrir la verdad de aquellos hechos, el juzgador debe manejarlo con sumo cuidado. Durante muchos siglos, la máxima tradicional *nemo testis in causa propria* evitó que las partes fueran interrogadas como testigos: ésta era la manera de resolver negativamente, y a priori, el problema de si las partes merecen o no ser consideradas testigos fiables. No obstante, las partes fueron usadas como posibles fuentes de prueba de otras maneras, esto es, como autoras de confesiones civiles o de juramento judiciales. Por otro lado, se han introducido y son habituales otras formas de interrogar a las partes, aunque éstas no puedan ser consideradas realmente equivalentes a un testimonio en el sentido estricto. Además, en algunos sistemas se ha abandonado la prohibición tradicional de interrogar a las partes como testigos²¹.

En lo que se refiere al orden positivo colombiano, debe decirse que no existe ningún enunciado expreso por medio del cual el legislador colombiano haya introducido al testimonio de parte al ordenamiento probatorio, pero tampoco existe un enunciado en sentido contrario, en el que se prohíba tal clase de prueba. Es más: es posible argumentar que al consagrar al artículo 200 C.P.C., el legislador ha instaurado implícitamente el testimonio de parte. Este artículo dice lo que sigue:

²¹ TARUFFO, Michele. *La prueba*. obra citada, p. 67.

Indivisibilidad de la confesión y divisibilidad de la declaración de parte. La confesión deberá aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe.

Cuando la declaración de parte comprenda hechos distintos que no guarden íntima conexión con el confesado, aquéllos se apreciarán separadamente.

Por medio de este artículo, el ordenamiento probatorio ordena que se distinga la declaración de parte de la confesión. Si confesar es aseverar —con fines probatorios— un hecho que resulta desfavorable al declarante (evidentemente en relación con el interés en litigio)²², puede concluirse que la aseveración —con fines probatorios— de hechos favorables a la parte (en relación con el interés en litigio), es la otra cara de la declaración de parte.

Pero la instauración del juramento como medio de prueba (artículos 211 y 212) dificulta (y quizá frustra) la argumentación anterior. El juramento, definido *como un testimonio de un hecho favorable a la parte*²³ y que sólo opera en condiciones especialmente definidas por la ley, ha sido regulado por el legislador probatorio como un medio de prueba distinto a la declaración de parte. Así, atendiendo a la argumentación antedicha (reforzada por las opiniones transcritas de Devis Echandía y López Blanco) habría que concluir que entre la confesión y el juramento existe un tercer medio probatorio, consagrado de manera implícita por el legislador colombiano, a saber: *la declaración de parte que no es confesión*.

En fin: una primera problemática referida a este medio de prueba es su falta de claridad en relación con el concepto que subyace a la norma. Si no se tiene claro cuáles son los reales alcances de la declaración de parte (si se limita a la confesión o si, por el contrario, es algo más amplio que ésta), mal puede decirse que sirva de instrumento idóneo para el descubrimiento de la verdad.

Dejando de lado esta discusión, se pasará a un segundo nivel de análisis. De los artículos 207 y 208 C.P.C. se extrae, entre otras cosas, que solamente el juez y el apoderado de la parte solicitante del interrogatorio

²² Dice Carnelutti respecto de la confesión: “La confesión no sólo es un testimonio *cualificado* por el sujeto, sino también por el objeto; no cualquier testimonio de la parte es confesión, sino solamente aquel que narra un *quid contrario al interés de la misma parte* (...)”; CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Obra citada. p. 483.

²³ *Ibidem*, p. 490 y ss.

pueden formular preguntas a la parte interrogada. La defensa del interrogado no puede cuestionar a su representado. Esta situación se muestra particularmente relevante y compleja cuando se considera que, tal y como se viene diciendo, existe cierta tendencia en la doctrina nacional —justificada por la forma como han sido redactados ciertos textos normativos— a admitir el tratamiento de la parte como testigo. Si la parte es testigo pero sólo puede ser cuestionada por el juez y por la parte solicitante de la prueba, se está menoscabando el que aquí se ha llamado *principio del contradictorio*.

Léase al respecto el siguiente comentario de Mauro Cappelletti:

Libros enteros se han escrito sobre la técnica y sobre la estructura de la *cross-examination*, pero a los efectos de la presente investigación, el principal aspecto estructural del instituto que debe subrayarse es el hecho de que el examen de testigos (y por consiguiente también de las partes “as witnesses”) que se desarrolla, como se ha dicho, por regla fundamental oralmente en la audiencia del debate (“in open court”) y es sólo en excepcionalísimos casos derogable, es conducido principalmente por la defensa de las partes, en lugar de directamente por el juez; de manera que constituye el perno alrededor del cual gira lo que la doctrina anglosajona llama “*adversary*” o “*contentious theory of litigation*” contrapuesta a los sistemas europeos continentales considerados por ella, en verdad sin razones profundas, como inquisitorios.

La técnica del instituto es, en sus líneas fundamentales, bastante simple. Los testigos deducidos por las partes —y así también la misma parte que deduce como prueba su propio testimonio o que ha sido inducida a testimoniar por la parte contraria— rinden su deposición previo juramento promisorio, o afirmación solemne, de decir la verdad. Las preguntas se dirigen ante todo por la defensa de la parte, que ha deducido el testigo en previsión de absolver con su testimonio el propio *onus probandi* (*direct examination o examination in chief*), y por consiguiente por la defensa contraria (*cross-examination*), con la posibilidad de una *re-examination* y una *re-cross-examination*. El juez (denominado trial judge) puede él mismo, con tal de que se mantenga en el ámbito de las *issues*, dirigir preguntas (...)²⁴.

Si bien las anteriores consideraciones son hechas en relación con el sistema jurídico anglosajón, es posible extraer una enseñanza útil para el orden probatorio colombiano: si la parte va a ser tratada como testigo, no basta que sólo la parte contraria a través de su apoderado pueda formular

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. “El testimonio de la parte en la historia moderna de los ordenamientos anglosajones, en: *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América S.A., 1972, pp. 368 – 371.

preguntas; también la defensa de la misma ha de estar habilitada para formularlas, propiciando así que la parte-testigo transmita al juez todo su saber en relación con los hechos del litigio y no sólo aquello que su contraparte quiere que diga. El *cross-examination* garantiza el *principio del contradictorio*, garantía de la verdad que, tal y como se ha dicho en el numeral 5.2.2, consiste en una directiva procesal en virtud de la cual cada parte tiene la posibilidad de discutir las hipótesis fácticas formuladas por sus respectivas contrapartes, además de controvertir las fuentes de prueba aportadas por ella. Pero al no concebirse por el orden probatorio colombiano un instrumento análogo al *cross-examination*, el contradictorio en relación con la declaración de parte es claramente puesto en entredicho.

En lo que respecta al régimen de las preguntas del interrogatorio que se realiza a la parte, el ordenamiento probatorio oscila entre *buenas y malas* disposiciones en relación con el establecimiento de la verdad. Por ejemplo: el inciso 6º del artículo 208 C.P.C. dice que:

Cuando la pregunta fuere asertiva, la contestación deberá darse diciendo si es o no cierto el hecho preguntado, pero el interrogado podrá adicionarla con expresiones atinentes a aquel hecho. La pregunta no asertiva deberá responderse concretamente y sin evasivas. El juez podrá pedir explicaciones sobre el sentido y los alcances de las respuestas.

Este enunciado parte de la idea de *pregunta asertiva*, que por contener una afirmación, debe responderse necesariamente con la expresión de si el hecho es o no es cierto. Acierta el ordenamiento probatorio al permitir al deponente explicar el sentido de su respuesta (afirmativa o negativa), pues de lo contrario, la pregunta asertiva se convertiría en un instrumento idóneo para esconder la verdad o hacerla más turbia: si a quien se le hiciese una pregunta asertiva sólo pudiese contestar con un sí o con un no, quedarían por fuera del conocimiento judicial todos los matices, toda la *escala de grises*, que normalmente tiene la verdad y que escapan a una simple respuesta afirmativa o negativa.

Pero falla al permitirle sólo al juez —y no a la parte— la posibilidad de solicitar explicaciones sobre el sentido de las respuestas. Si la verdad ha de aflorar en el proceso, debe hacerlo para todos sus protagonistas, no sólo para el sujeto encargado de decidir la litis. Además, una adecuada contradicción de las fuentes de prueba suministradas por el declarante

inicia por una comprensión previa de las mismas, lo que puede dificultarse al no permitírsele a la parte interrogante solicitar aclaraciones.

Podría decirse que el interrogador puede hacer nuevas preguntas en caso de que no tenga claridad en relación con una o varias de las respuestas dadas por la parte declarante. Esto es cierto, pero esconde una dificultad mayor. El 5º inciso del artículo 207 C.P.C. establece un límite al número de preguntantes formulables por la parte:

El interrogatorio no podrá exceder de veinte preguntas; sin embargo, el juez podrá adicionarlo con las que estime convenientes para aclarar la exposición del interrogado o verificar otros hechos que interesen al proceso; así mismo, el juez (...)

Igual sentido tiene el 2º inciso del párrafo 4º del artículo 439 C.P.C., relativo al trámite verbal sumario por el cual se surte, en algunas ocasiones, el proceso de cognición. El texto es el siguiente:

El interrogatorio de las partes lo hará en primer lugar el juez y luego la parte que lo pidió, quien podrá formular hasta diez preguntas sobre hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de las formuladas por el juez.

En ambos textos legislativos se ha impuesto un límite de preguntas que puede hacer el apoderado de la parte solicitante de la prueba. La intención del legislador al respecto es clara: limitar el tiempo utilizable para realizar el interrogatorio. Si es así, estas disposiciones consagran reglas de limitación temporal que, como claramente lo afirma Gascón Abellán, son de corte contra-epistémico. Al respecto dice la profesora española:

Sin duda, la principal razón de ser de estas reglas reside en la necesidad de resolver el conflicto en un plazo no irrazonable de tiempo, algo estrechamente unido a las exigencias de seguridad jurídica que también proyectan sobre el proceso y una de cuyas principales manifestaciones es la obligación de alcanzar, en determinado momento, una verdad procesal “definitiva”; éste es precisamente el espíritu de la presunción *iuris et de iure* de verdad de las tesis contenidas en sentencias firmes, sobre las que se volverá en su momento. Pero es evidente que, al limitar el tiempo en que debe ser pronunciada una decisión, estas reglas en nada contribuyen a alcanzar la certeza sobre los hechos que han dado origen al conflicto, sobre todo en los casos donde las diferentes tesis fácticas enfrentadas aparecen igualmente plausibles²⁵.

²⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. obra citada, pp. 126 – 127.

Pero además de ser contra-epistémica, estos límites de preguntas comportan una transgresión al principio de proporcionalidad. Si bien la finalidad perseguida por el legislador al implementar estas limitaciones es constitucionalmente lícita (garantizar que, por cuenta del interrogatorio de parte, no se tarde en exceso el proceso), no parece que sean medidas idóneas ni necesarias. No son idóneas porque no alcanzan la finalidad perseguida: dependiendo de la forma como se formulen las preguntas y a manera como las mismas se respondan, el interrogatorio puede tomar más tiempo que el esperado por el legislador al consagrar esta restricción. Tampoco son necesarias, pues pueden imaginarse otras medidas en distintas fases y momentos del proceso que, sin afectar de manera tal manera a la búsqueda de la verdad, abonen a la celeridad de los trámites procesales (piénsese, por ejemplo, en medidas que agilicen la etapa introductiva del proceso —presentación y admisión de la demanda, notificación, contestación, audiencia previa—, tales como la adopción de medios de notificación más acordes a las nuevas tecnologías y al internet). No haría falta analizar la proporcionalidad en sentido estricto de estos límites de preguntas si los mismos no pasan los exámenes de idoneidad y necesidad; sin embargo, puede intentarse una aproximación al respecto, toda vez que es evidente que las medidas en comento no produce ventajas que compensen los daños propiciados al objetivo institucional de averiguar la verdad en el proceso: pierden los sujetos del proceso, en especial las partes, una buena oportunidad para poner a disposición del mismo un número significativo de fuentes de prueba, ganándose solamente un ahorro exiguo de tiempo, que bien puede perderse como ya se dijo anteriormente.

Este límite temporal se muestra particularmente problemático cuando se tiene en cuenta el último inciso del artículo 207, según el cual:

Cada pregunta deberá referirse a un solo hecho, si contiene varios, el juez la dividirá de modo que la respuesta se dé por separado en relación con cada uno de ellos y la división se tendrá en cuenta para los efectos del límite señalado en el inciso tercero (sic). Las preguntas podrán ser o no ser asertivas.

Este artículo pone al operador jurídico frente a dos situaciones, ambas complejas. La primera se refiere a la definición misma del hecho. Más claras, concisas y sugestivas son las palabras que ha este respecto pronuncia Michele Taruffo:

Quien se planteara en términos genéricos el problema de definir lo que constituye un “hecho” se encontraría frente a un problema muy complejo. Puestos a identificar de forma genérica y aproximada la situación o la “porción de experiencia” que nos ocupa, el problema surge cuando se pretende definir analíticamente esta situación y el “hecho” o los “hechos” que la componen. En efecto, ninguna proposición descriptiva es apta a priori para captar y agotar el “hecho” y ni siquiera se puede sostener que éste pueda ser descrito *completamente* por una serie, incluso extensa, de proposiciones.

Resulta intuitivo, en efecto, que cualquier situación fáctica puede ser sometida a un proceso de descomposición en dos direcciones: cualitativa y cuantitativa. Se está ante una descomposición cualitativa cuando se individualizan aspectos distintos de la situación en cuestión (...) Por descomposición cuantitativa se puede entender el procedimiento mediante el que, dada una cierta circunstancia, ésta es analizada en detalles cada vez más precisos (...)

Es suficiente imaginar la aplicación conjunta de estos dos procedimientos, y observar que no tienen límite teórico alguno, para darse cuenta de que no existe y no es conjeturable ninguna descripción adecuada en abstracto de la situación de hecho y, ni siquiera, de las circunstancias concretas que la componen; en cambio, es conjeturable un número infinito de proposiciones descriptivas, todas ellas susceptibles de ser referidas sensatamente a esa situación²⁶.

Esta complejidad del “hecho” es desconocida por el legislador, quien ha considerado posible y sobre todo *fácil* circunscribir en unas cuantas preguntas la totalidad de la experiencia a la que se refiere “un hecho”. Pero dejando este problema que exige mayores y profundas reflexiones a las que son posibles realizar en esta investigación, nótese que la segunda situación a la que enfrenta el artículo en mención al operador jurídico es, por decir lo menos, risible: solo pueden preguntarse veinte hechos (diez en el procedimiento verbal sumario). La verdad perseguida, a cuyo honor se instrumentaliza a la parte, convirtiéndola en un medio probatorio, tiene que caber en veinte preguntas, pues no le está permitido a la parte interrogante hacer más. Claro que el juez puede hacer las preguntas que quiera, pero ¿Qué pasa si no pregunta lo que debe preguntar para que emerja de las tinieblas la verdad? ¿Qué hacer cuando el juez desatento deja pasar la oportunidad de conocer la totalidad de la información que puede entregarle la parte deponente? La respuesta del ordenamiento probatorio es corta pero fatal para la pretensión de determinar la verdad dentro del proceso: nada.

²⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Obra citada, pp. 93 – 94.

Finalmente, considérese la siguiente disposición relativa *únicamente* a la confesión, consagrada en el artículo 210 C.P.C.:

Confesión ficta o presunta. La no comparecencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntadas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito.

La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca.

En ambos casos, el juez hará constar en el acta cuáles son los hechos susceptibles de confesión contenidos en el interrogatorio escrito, en la demanda, las excepciones de mérito, o sus contestaciones, que se presumen ciertos.

Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la no comparecencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder, se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada.

El anterior consagra la llamada confesión ficta, la cual funge como una sanción para la parte que no comparece al despacho a absolver el interrogatorio, o haciéndolo, responde en forma evasiva o simplemente no responde. Si se lee el artículo con atención se advertirá que el mismo contiene varias hipótesis normativas con diversas consecuencias jurídicas, concluyéndose que del mismo es posible extraer varias normas distintas, todas ellas no obstante dirigidas a sancionar a la parte interrogada en diversos supuestos.

Lo que interesa para efectos de esta investigación es la proporcionalidad de esta sanción en relación con la determinación de la verdad. Considérese, aunque suene a verdad de Perogrullo, que una confesión ficta o presunta no es una confesión verdadera, esto es: que el ordenamiento jurídico ordena *suponer* la comprobación de una aserción en ausencia de la prueba buscada (declaración de parte y/ confesión real). Podría pensarse que ocurre algo similar a lo que pasa con la carga de la prueba, donde la falta de elementos de juicio se ve compensada con una regla de juicio que indica la parte que sufre las consecuencias desfavorables de tal ausencia. Pero tal y como se indicó en el numeral 5.4.3, la carga de la prueba aparece como un recurso de *ultima ratio*, al cual acude el juez sólo cuando ni siquiera sus poderes de instrucción resultarían útiles para la decisión sobre la veracidad de los hechos del litigio. No sucede así con la confesión

ficta, cuya función es sancionar a la parte y nunca —pues no puede hacerse uso de ella en caso de falta de prueba— hacer posible el juicio judicial.

¿Está acorde al principio de proporcionalidad esta sanción? Nótese que la finalidad perseguida por el legislador —asegurar la comparecencia de las partes a la diligencia de interrogatorio de parte— no tiene reparo alguno desde la óptica de la Carta constitucional. Además, se carecen de elementos concretos para negar en este trabajo la idoneidad de la medida. Pero apriorísticamente es posible dudar de su necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. No parece necesaria la medida, por cuanto existen otros medios coercitivos que, garantizando la presencia de las partes para la celebración del interrogatorio, no ponen en peligro la búsqueda de la verdad o, en todo caso, implican una lesión menos intensa para tal interés (por ejemplo, la imposición de multas, tal y como lo hace el legislador en relación con la prueba testimonial en el artículo 225 C.P.C.). Pero definitivamente no es proporcional en sentido estricto, pues los beneficios logrados con la confesión ficta (por un lado la presión a la parte convocada para que asista al despacho judicial y, por otro, la presunción de verdad con la que cuenta el juez una vez ha operado este fenómeno), nunca compensarán el daño que esta institución depara para el establecimiento de la verdad, pues implica fingir que un hecho se probó cuando no ha sido así realmente, fingimiento que a la postre puede sustentar la sentencia judicial.

En conclusión: la regulación de la declaración de parte y/o²⁷ la confesión, sale muy mal librada del análisis realizado en relación con su idoneidad para el establecimiento de la verdad de las aseveraciones de las partes. No se dice que sea del todo inadecuada para tal efecto; lo que se dice es que, a partir de una reflexión sobre algunas de sus notas descolantes, se advierte que, antes de propender hacia la verdad, termina dificultando o viciando su obtención.

5.4.7. El juramento.

Son muy pocos los enunciados normativos que constituyen la disciplina legal y general del juramento. Se reducen a los siguientes:

²⁷ Se utiliza este recurso porque, como se ha dicho, no está claro si la declaración de parte es lo mismo o algo distinto a la confesión.

Artículo 211.- Modificado por la Ley 1395 de 2010, artículo 10. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. El juez, de oficio, podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión.

Si la cantidad estimada excediere del treinta por ciento (30%) de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.

Artículo 212.-Juramento deferido por la ley. Cuando la ley autoriza al juez para pedir el juramento a una de las partes, ésta deberá prestarlo dentro de la oportunidad para practicar pruebas, en la fecha y hora que se señale. El juramento deferido tendrá el valor probatorio que la misma ley le asigne.

Se ha querido resaltar la ley 1395 de 2010, modificatoria de este y muchos otros enunciados, con el objetivo de hacer notar que se está enfrente de unos enunciado recientes, los cuales, como es natural, apenas viene decantándose su correcta interpretación y su aplicación en el campo forense. Esto debe tenerse en cuenta para entender lo que a continuación se dirá-

Pártase de distinguir el juramento-compromiso de decir la verdad del juramento-medio de prueba. Ejemplo de la primera clase de juramento se encuentra en el inciso 3º del artículo 208 C.P.C., el cual indica que el interrogatorio de parte inicia con la toma de juramento a la parte deponente. Ese juramento no debe confundirse con el medio de prueba que recibe este nombre, en el cual la parte transmite fuentes de prueba.

Cappelletti destaca esta la anterior diferencia, utilizando los términos “declaración juratoria” para referirse al compromiso de decir la verdad y “declaración jurada” para identificar el medio de prueba. Éstas son sus palabras:

La declaración juratoria, o sea, en otras palabras, la fórmula “juro que...” constituye, precisamente, una declaración de voluntad, con la cual el jurante quiere constituir para sí un compromiso, un vínculo de naturaleza no solamente religiosa o moral, sino también jurídica.

La declaración jurada, o sea la narración de hechos afirmados (jurados) como verdaderos, es en cambio una declaración de ciencia, o sea, y más correctamente,

una declaración informativa de lo que el declarante sabe: a este respecto debe decirse inmediatamente que debe tratarse de una *pro se declaratio*, o sea de una declaración sobre hechos *favorables al declarante* (lo contrario ocurre, como es sabido, en la confesión, que es precisamente, por definición, una *contra se declaratio*).

Razón de ser (y por consiguiente función y naturaleza) del juramento entendido como fórmula juratoria es *la creación de un vínculo*, y por consiguiente *un obrar*, razón de ser de la afirmación jurada es *informar* a alguien de una cosa²⁸.

Así, queda claro que el medio de prueba llamado juramento alude a una declaración de ciencia, realizada por una de las partes del proceso, cuyo contenido es favorable a los intereses en litigio de la misma.

Los artículos transcritos se refieren a un supuesto específico —el juramento para probar una cifra de dinero— y un supuesto indeterminado —todos aquellos eventos en los que, según la ley, el juez puede solicitar el juramento para probar un determinado hecho—. Para analizar la idoneidad de las normas que se desprenden de estos artículos respecto de la determinación de la verdad en el proceso jurisdiccional, parece conveniente preguntarse por la justificación de este medio de prueba. En este sentido, sabias son las palabras de Canelutti:

La carga de la prueba es magnífica como estímulo a las partes a fin de que proporcionen la prueba; es necesario, para que su energía estimulante se manifieste, poner el *periculum* de la falta de prueba a cargo de la parte que la debe proporcionar; pero esta necesidad se resuelve en una injusticia cuando *quien debe, no la puede proporcionar, no ya porque el hecho no sea verdad, sino porque la prueba no existe*. Tales casos no dejan de ser frecuentes en la práctica: una obligación contraída verbalmente, sin testigos; un pago hecho sin recibo y sin presencia de terceros; testigos muertos, ausentes o no eficaces por razón de parentesco; documentos extraviados o destruidos, y así sucesivamente. El resultado injusto de la carga de la prueba representa entonces el costo de la institución. Es preciso soportarlo; pero si hay un medio para eliminar o aun sólo para intentar eliminar la injusticia, ¿por qué no servirse de él? Tal es, precisamente, el juramento de la parte, cuya función no se comprende si no se lo considera como una *corrección de la carga de la prueba*. A menudo se expresa esta idea clasificándolo de sucedáneos de la prueba; pero la verdad es que el juramento, precisamente por la función y por la estructura, es una prueba; solamente que es una prueba más

²⁸ CAPELLETTI, Mauro. "Juramento: Derecho Civil y Derecho Procesal Civil", en: *Oralidad y pruebas en el proceso civil*. obra citada, p. 178.

costosa y peligrosa, que se tiene en reserva y se emplea sólo en casos de suma necesidad²⁹.

La anterior es una muy buena manera de entender el juramento-medio de prueba: sirve para dar por probado un hecho que beneficia al deponente, en aquellos casos en los que la carga de la prueba que soporta se ha hecho sumamente pesada e imposible de liberar. Pero por eso mismo, éste es un medio de prueba que debe usarse con cautela, sólo en casos excepcionales.

En el trasfondo de la disposición consagrada en el artículo 212 C.P.C., se encuentra sin lugar a dudas esta previsión: sólo en aquellos casos en los que la ley taxativamente autoriza hacer uso del juramento, el juez decidirá si, de acuerdo con las circunstancias concretas del caso, amerita el uso de este medio probatorio en reemplazo de otras pruebas que, como se ha dicho, pueden ser ordenadas oficiosamente por el juez

Pero el enunciado contenido en el artículo 211 C.P.C. es más complicado. En él se establece una suerte de regla general: en todos los procesos en los que se pretenda una indemnización, deberá estimarse, bajo juramento, el valor de los perjuicios. Se dice que es una especie de regla general porque alude a *todos* los procesos en los que la pretensión incluya el reconocimiento de indemnizaciones, compensaciones, pago de frutos y de mejoras, los cuales, vistos en conjunto, conforman un número de posibilidades procesales. Evidentemente, el juramento en estos casos no es excepcional —es la regla— alejándose así de la justificación de este medio probatorio que propone Carnelutti pero —y esto es lo grave— careciendo de cualquier justificación, pues vale preguntarse: ¿qué necesidad hay de probar el valor de los perjuicios patrimoniales sufridos por una persona con un medio de prueba como el juramento, donde las simples palabras del principal interesado tienen efectos probatorios? ¿Qué razón existe, fuera de la necesidad de morigerar el peso de las cargas probatorias, para permitir que una declaración *pro se* pruebe una cifra de dinero pretendida? La verdad es que no se vislumbra una respuesta razonable para estos interrogantes.

²⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Obra citada, pp. 489 – 490.

Podría pensarse que el fin perseguido por el legislador al instaurar esta forma de juramento, consiste en estimular a las partes a poner en orden sus pretensiones, formulándolas ante el oficio jurisdiccional sólo cuando tengan claro el valor pecuniario de las mismas. Así, se agilizaría el trámite procedimental, pues en la etapa probatoria habría sólo que probar la ocurrencia de perjuicio, no su valor económico. Pero si es así, estamos frente una medida sumamente desproporcionada en relación con el objetivo institucional de hallar la verdad en el proceso, pues se darían por ciertos valores que bien pudieron haber sido imaginados por el solicitante, incluso de buena fe. Aquí, la celeridad termina pesando más que la verdad, implementándose una medida que, si bien es posible que apresure al procedimiento, implica la renuncia de la verificabilidad de un hecho por demás corrientemente objetivo.

Debe decirse, sin embargo, que la misma disposición concibe la posibilidad de que la contraparte objete el valor jurado o el juez oficiosamente el regule. Esta última posibilidad es de fácil comprensión: si el juez sospecha que la cifra jurada es excesiva o, en todo caso, contraria a la realidad, podrá decretar la práctica de otros medios de prueba (un dictamen pericial por ejemplo) mediante el cual se pruebe el valor real de los perjuicios. La primera es la que puede generar mayores incertidumbres y controversias: se pone a la parte contraria la carga de probar una cifra distinta a la jurada, lo que implica probar que quien jura miente y/o que el valor de los perjuicios es inexistente o inferior. No parece muy justa una situación en la que, por regla general, quien es demandado debe ingresar probando en contrario a lo afirmado por el demandante, incluso cuando opta por no afirmar nada (que es una actitud procesal plenamente válida).

¿Existe una alternativa viable, desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, al juramento estimatorio existente? En efecto sí, y estuvo en el ordenamiento probatorio antes del arribo de la ley 1395 de 2010. El texto anterior contenido en el artículo 211 C.P.C. era el siguiente:

Juramento estimatorio. El juramento de una parte cuando la ley la autoriza para estimar en dinero el derecho demandado, hará prueba de dicho valor mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que lo admita o en el especial que la ley señale; el juez de oficio podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión.

Esta disposición partía de una autorización previa del legislador para poder probar por juramento el valor económico de una determinada pretensión, operando sólo por excepción este medio de prueba. Que se justificara el juramento en los supuestos taxativos consagrados por la ley, es una reflexión que escapa de los objetivos de esta investigación. Lo que sí puede decirse es que, en relación con la situación actual, el juramento reportaba un menor peligro para el establecimiento procesal de la verdad, aunque fuese sólo porque operaba en algunos casos y no por regla general.

5.4.8. La declaración de terceros.

A diferencia de la declaración de parte, la declaración de terceros no genera dudas en relación con el concepto que subyace a la disposición. Es clara la legislación en el sentido de identificar la declaración de un tercero con el testimonio, de allí que ambos conceptos puedan usarse de manera indistinta, tal y como lo hace el Código de Procedimiento Civil.

De la normativa vigente, se desprende que el testimonio es la declaración que hace un tercero respecto de las partes procesales, acerca de lo que sabe en relación con los hechos del proceso. Son claros el inciso 2º del artículo 227 C.P.C. y el numeral 2 del artículo 228 C.P.C. en cuanto que al testigo le corresponde manifestar aquello que le *conste* de los hechos en litigio, esto es: aquello que sepa de los mismos, sea porque los haya percibido o porque haya deducido algún conocimiento en relación con los mismos, pues para conocer un hecho no es necesario (y a veces no es suficiente) percibirlo³⁰.

Hay quienes incluso consideran que el testimonio puede versar sobre cualquier hecho, siempre y cuando sea pertinente en relación con los

³⁰ Al respecto, véase en CARNELUTTI, Francesco, La prueba civil. obra citada, pp. 121 - 130; especialmente lo siguiente (p. 121 y ss.): El testimonio es, pues, un *acto humano dirigido a representar un hecho no presente*, es decir, acaecido antes del acto mismo.

Con esta noción he desplazado, por decirlo así, el centro de gravedad del concepto del testimonio desde el elemento de la percepción al de la no presencia del hecho representado, ordinariamente, el testigo se define como quien narra (comunica) a otro hechos por él percibidos. A mi entender, en cambio, la percepción del hecho por parte de quien lo representa no es requisito ni necesario ni suficiente para hacer del representante un testigo”.

hechos objeto de prueba dentro del proceso. Así, Parra Quijano dice lo siguiente:

El testimonio es un medio de prueba que consiste en el relato que un tercero le hace al juez sobre el conocimiento que tiene de los hechos en general³¹.

Mientras que Hernando Devis Echandía dice que:

(...) desde un punto de vista rigurosamente jurídico, el testimonio es un acto procesal, por el cual una persona informa a un juez sobre lo que sabe de ciertos hechos (...)³².

No es de extrañar entonces que en el campo del Derecho Probatorio civil, tal y como se desprende del numeral del artículo 228 C.P.C., sea admitido el llamado testimonio de oídas, en virtud del cual un testigo narra lo que sabe por habérselo escuchado a otro. Más adelante no obstante se volverá sobre este tema.

Por ahora, puede comenzarse por analizar el llamado deber de testimoniar, consagrado en el artículo 213 C.P.C. De este texto se extrae una norma por cuenta de la cual toda persona, salvo situaciones excepcionales, tiene el deber de rendir el testimonio que se le solicite en un proceso. De fácil comprensión inicial, el estudio de este deber se traslada casi de inmediato a la cláusula de excepción a este deber, consagrada en el artículo 214 del Código de Procedimiento Civil.

El texto del susodicho artículo es el siguiente:

No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, oficio o profesión:

1. Los ministros de cualquier culto admitido en la República.
2. Los abogados, médicos, enfermeros, laboratoristas, contadores, en relación con hechos amparados legalmente por el secreto profesional.
3. Cualquiera otra persona que por disposición de la ley pueda o deba guardar secreto.

³¹ PARA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Obra citada. p. 283.

³² DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo Segundo. Obra citada, p. 19.

Se advierte que todos los supuestos del artículo citado aluden al fenómeno del secreto profesional, consagrado en el artículo 74 de la Constitución. No es éste el espacio para discutir la naturaleza jurídica de este instituto (según Devis, el secreto profesional se ha instaurado a lo largo de la historia con tres modalidades distintas: como derecho del profesional a abstenerse de revelarlo, como un derecho del cliente sin cuya autorización el profesional no puede revelar el secreto o como un deber social que no puede ser excusado por el cliente ni por el abogado³³); lo que importa es advertir que el efecto del mismo es evitar que en el proceso se descubra la verdad sobre un hecho determinado. Al respecto dice Taruffo:

Los privilegios probatorios se establecen por reglas o principios que atribuyen a personas específicas la libertad de no aportar algunos medios de prueba, de no revelar materiales o información en su poder o, incluso, el derecho a excluir la posibilidad de obtener información vinculada con una causa. En general, las justificaciones que subyacen a estas normas son extrínsecas al proceso, aunque puedan afectar el funcionamiento y los resultados de los procesos judiciales, e influir en ellos, simplemente porque impiden el descubrimiento y la presentación de las pruebas relevantes. En realidad, su efecto es “suprimir la verdad”³⁴.

La cuestión, entonces, radica en decidir si el secreto profesional es un obstáculo irrazonable para la determinación de la verdad o si, por el contrario, es un impedimento que se justifique por cuenta de los valores perseguidos y garantizados por el orden normativo colombiano.

Si se toma en consideración el principio de proporcionalidad, es difícil no inclinar la respuesta hacia esta última opción. Garantizar el secreto profesional, prescindiendo del testimonio de profesionales que han conocido cierta información en razón de la estrecha confianza que se forma entre éstos y sus clientes —confianza necesaria para el recto y útil ejercicio de la profesión— es un objetivo constitucionalmente lícito, pues así lo ha dispuesto el constituyente de manera expresa en el artículo 74 de la Constitución. Si no existiese tal secreto, sería muy difícil, si no imposible, forjar relaciones de confianza entre el profesional y el cliente, imposibilitándose así el ejercicio de tales profesiones. Además, el secreto profesional evidencia su idoneidad en relación con el fin perseguido, que no es otro —se itera— que proteger el binomio cliente-profesional: al no poder obligar al profesional a revelar la información que en confianza le ha

³³ Ibídem, p. 53 y ss.

³⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba*. obra citada, p. 51.

revelado su cliente, queda en efecto salvaguardada la confianza necesaria entre ambos extremos de la relación. Frente al test de necesidad, es opinión de quien escribe que no hay otros instrumentos realizables en el marco del ordenamiento jurídico colombiano que, tutelando las relaciones entre los profesionales y sus clientes, supongan una lesión menor al objetivo institucional de averiguar procesalmente la verdad de los hechos litigiosos. Taruffo alude a un mecanismo del derecho alemán, en virtud del cual se toman los testimonios de los profesionales en forma reservada, secretamente en relación con el público asistente al proceso³⁵. Empero, no parece ser esta una opción que, de manera útil, proteja y refuerce la confianza entre los clientes y los profesionales; mas bien, se sacrifica tal confianza en pro de la verdad, lo que no sería posible en Colombia, dado el mandato constitucional que se deriva del artículo 74 de la Carta y que de manera tajante indica la inviolabilidad del secreto profesional. Finalmente, en relación con la proporcionalidad en sentido estricto, considérese que si bien esta institución afecta directamente la labor judicial verificativa de los hechos, produce iguales beneficios frente al interés que se busca, ya que la debilitada búsqueda procesal de la verdad, se ve compensada con la defensa eficaz de la que podría llamarse *confianza profesional*.

De hecho es posible afirmar que si bien el secreto profesional comporta la exclusión de la verdad en el campo del proceso, no por ello impide que la verdad aflore en el mismo de manera definitiva. En efecto: la información que calla lícitamente el profesional puede ser averiguada por otros medios. El secreto profesional es sólo un límite al deber de testimoniar, mas no una excepción que abarque todo medio probatorio. Por tanto, la función excluyente de la verdad que cumple este instituto, justificada a la luz del principio de proporcionalidad, implica un daño menor al proceso en su pretensión de producir sentencias judiciales afincadas en la verdad.

Al lado del secreto profesional, existe otra cláusula de excepción relativa al deber de testimoniar. Se encuentra en el artículo 33 de la Constitución y dice lo siguiente:

Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

³⁵Ibídem, p. 52

Haciendo una previa y necesaria interpretación literal del enunciado, se concluye que nadie, en ninguna clase de proceso, puede ser obligado a declarar, en calidad de parte o de tercero, contra su cónyuge o parentela. Entra juego la pretensión de proteger la estabilidad de las relaciones familiares, lo cual no puede tildarse de ilícito bajo las normas constitucionales.

Sin embargo, por cuenta de pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha concluido que la excepción que se extrae en este artículo sólo es aplicable en el campo del proceso penal. En efecto, en la sentencia C-102 de febrero 8 de 2005, la Corte se refirió al alcance del artículo 33 de la Constitución, haciendo una breve descripción del contenido de la jurisprudencia en relación con la prohibición de la autoincriminación. Se considera oportuno transcribir apartes de la mencionada sentencia, mediante la cual reafirmó algunos de los criterios que la jurisprudencia ha desarrollado sobre este principio:

En primer lugar, se encuentra la sentencia 129 del 17 de octubre de 1991, de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena..., en la que examinó una disposición del Código de Procedimiento Civil, y determinó que la garantía constitucional sólo rige en asuntos criminales, correccionales y de policía. Para llegar a esta conclusión..., examinó los antecedentes que determinaron la adopción del actual artículo 33, las Gacetas Constitucionales que hasta la fecha de esa providencia se habían publicado, las intervenciones de los miembros de las comisiones.

De este estudio, la Corte Suprema de Justicia concluyó que ‘Las publicaciones reseñadas no le permiten a la Corte concluir que hubiese en el constituyente el ánimo de modificar el texto del antiguo artículo 25 y dejar abierta la posibilidad de aplicar la prohibición de declarar a asuntos distintos.’ Agrega que a esta conclusión también se llega si, no obstante cuando se allegue la totalidad de las Gacetas, apareciere que la intención positiva hubiese sido la intención de eliminar la mención de los procesos penales, correccionales y de policía, esta única razón no sería suficiente para variar este entendimiento, pues el artículo 33 ‘no puede hacerse tomando aisladamente uno solo de sus textos; ya que el genuino sentido de los mandatos constitucionales solamente resulta de una interpretación sistemática de todo su articulado de manera tal que no resulten jamás antinomias que destruyan la lógica y la coherencia interna que como ‘norma de normas’ forzosamente debe tener la Constitución Política.’...

También señaló esta providencia que entender esta garantía aplicable a otros procesos distintos a los penales, correccionales o de policía ‘desconocería los deberes y obligaciones que deben observar todas las personas en el ejercicio responsable y no abusivo de los derechos que les reconoce la Constitución Nacional y que puntualiza el artículo 95 en sus ordinales 1º y 7º.’

3.2 Una vez entró en funciones la Corte Constitucional, esta Corporación examinó la prohibición de la autoincriminación y el deber del ciudadano de colaborar con la administración de justicia, en la sentencia C-052 de 1993. Encontró exequibles disposiciones penales en cuanto a los beneficios a testigos para no ser acusados en relación con los hechos sobre los que rindieron declaración.

(...)

En la sentencia C-403 de 1997, la Corte señaló que no se viola el principio del artículo 33 de la Carta, cuando el funcionario judicial competente ordena la captura del imputado que se niega a rendir indagatoria, pues, lo que pretende el artículo 33 de la Carta Política 'es proscribir toda actuación de las autoridades que pretenda la confesión involuntaria de quien es parte en un proceso. Ello, por supuesto, no afecta ni se contrapone a la obligación constitucional que tienen los ciudadanos de colaborar con la administración de justicia, ni al deber constitucional que tiene el funcionario judicial de comunicar al imputado, por todos los medios legales posibles, la existencia de una investigación penal en su contra.' (Sentencia C-403 de 1997)'.

(...) en la sentencia C-426 de 1997, al examinar los artículos 202 y 203 del Código de Procedimiento Civil-interrogatorio y careos de las partes por decreto oficioso y el interrogatorio a instancia de parte, respectivamente-, disposiciones que fueron acusadas por posible vulneración del artículo 33 de la Carta, la Corte Constitucional reiteró lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 129 del 17 de octubre de 1991, a la que se hizo referencia en el punto 3.1. Consideró que, además de la interpretación sistemática del artículo 33 de la Carta con los artículos 13 y 95, pueden incluirse otras disposiciones constitucionales, como son los artículos 83, que consagra el principio de la buena fe, y el 228, que dispone la prevalencia del derecho sustancial en la búsqueda de la realización de la justicia, puesto que los procesos tienen como finalidad demostrar la verdad. Se refirió, también, al artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que consagra el derecho de toda persona a 'no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.' Lo que está en concordancia con "la interpretación restrictiva que, en momento, hizo la Corte Suprema de Justicia, y que ahora prohíja la Corte Constitucional, coincide con la norma del Tratado.'

3.5 En la sentencia C-622 de 1998, la Corte reiteró esta interpretación del artículo 33 en mención, al decidir sobre la demanda contra algunos artículos del Código de Procedimiento Civil : 210, 217, 242 y 246 concernientes a la confesión ficta o presunta, los testigos sospechosos, el deber de colaboración de las partes y la práctica de la inspección, respectivamente. Dentro de los cargos contra apartes de estas disposiciones, se encuentra la supuesta vulneración de los artículos 1, 29, 33, 83 y 228 de la Carta.

En esta providencia, la Corte reiteró la determinación del campo de aplicación del artículo 33 de la Constitución, para concluir que las disposiciones acusadas del Código de Procedimiento Civil no vulneran esta garantía. Analizados los demás

cargos, también encontró los segmentos de los artículos demandados ajustados a la Carta. Se refirió al principio de la sana crítica en la valoración del testimonio sospechoso y que la confesión ficta o presunta es una presunción legal, es decir, admite prueba en contrario.

3.6 Posteriormente, en la sentencia C-1287 de 2001, la Corte reiteró nuevamente la interpretación restringida a asuntos penales, correccionales y de policía del artículo 33 de la Carta. Señaló lo siguiente:

‘Ahora bien, a pesar de que la redacción el artículo 33 de la Carta pareciera dar a entender que la garantía que contiene resulta aplicable a cualquier tipo de declaraciones en juicio, la jurisprudencia de esta Corporación, con fundamento en la interpretación histórica de la norma, y en otros argumentos complementarios, ha precisado que su alcance se restringe a las declaraciones que deben producirse en asuntos penales, correccionales y de policía. En efecto, al estudiar la constitucionalidad de los artículos 202 y 203 del Decreto 1400 de 1970 (Código de Procedimiento Civil), referentes al interrogatorio y careo de las partes por decreto oficioso del juez y al interrogatorio a instancia de parte, respectivamente, dentro del proceso civil, la Corte, en la Sentencia C-426 de 1997^[1], descartó el cargo de inconstitucionalidad esgrimido en contra de dichas normas por desconocimiento del artículo 33 de la Constitución, considerando que esta disposición superior no resultaba aplicable a tal procedimiento.’ (Sentencia C-1287 de 2001, MP, doctor Marco Gerardo Monroy Cabra).”

De otra parte, en la sentencia 559 de 2009, manifestó la Corte lo siguiente:

(...) en el proceso civil o laboral, trátase de la contestación de la demanda, o de la confesión judicial o al momento de resolver un interrogatorio de parte o de terceros, el ciudadano requerido siempre podrá abstenerse de contestar lo que pueda implicar responsabilidad penal suya o de su cónyuge o compañero permanente, o de sus familiares cercanos, en los grados establecidos en el artículo 33 de la Carta.

El juez no puede formular preguntas que le impliquen al cuestionado una responsabilidad penal; y si la parte que está interrogando apunta a implicaciones de tal naturaleza, así el cuestionamiento sea conducente, pertinente y útil, el juez, como director del proceso, deberá intervenir para informar al absolvente que no está obligado a responder, hallándose constitucionalmente exonerado de decir la verdad.

Ciertamente, si las partes tienen, conforme a la Constitución Política, el deber de colaborar con la administración de justicia (art. 95-7), no es contrario a la Carta que en un proceso de carácter civil se conteste bajo juramento el interrogatorio formulado con el fin de establecer unos hechos determinados, que trasciendan sobre las pretensiones o las excepciones que en el proceso se debaten, razón por la cual no puede prosperar la pretensión de que se declare la inexequibilidad del aparte de la norma acusada, como quiera que no se trata de la coerción para aceptar la comisión de un delito, sino de hechos que por su propia índole estructuran las pretensiones o las excepciones en un proceso de carácter civil, lo que significa que

no existe vulneración alguna de la garantía constitucional establecida en el artículo 33 de la Carta Política, como bien señalaron el Procurador General de la Nación y todos los intervinientes.

Obsérvese como, una regla de exclusión del testimonio que, sólo desde la literalidad del enunciado que la concebía, podría considerarse aplicable a todo proceso jurisdiccional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha encargado de confinarla al campo de los procedimientos penales y disciplinarios. Si bien se duda de solidez argumentativa del Tribunal Constitucional para arribar a esta conclusión, se omite cualquier comentario adicional, por ser ajena esta discusión al objeto de estudio de esta investigación.

Lo que sí debe discutirse en esta sede, una vez se ha pasado la hoja respecto del secreto profesional, son las llamadas *inhabilidades absolutas y relativas* para testimoniar, consagradas en los artículos 215 y 216 respectivamente. Los textos normativos dicen lo siguiente:

Artículo 215. Inhabilidades absolutas para testimoniar. Son inhábiles para testimoniar en un todo proceso:

1. Los menores de doce años.
2. Los que se hallen bajo interdicción por causa de demencia.
3. Los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito o por lenguaje convencional de signos traducibles por intérpretes.

Artículo 216. Inhabilidades relativas para testimoniar. Son inhábiles para testimoniar en un proceso determinado:

1. Los que al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas.
2. Las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Estos enunciados consagran una serie de reglas que excluyen del proceso el testimonio de ciertas personas, sea por condiciones mentales o fisiológicas que impiden recibir el testimonio de las mismas en cualquier proceso (inhabilidades absolutas), o por circunstancias que hacen inadmisibles la declaración de tercero respecto de un proceso determinado (inhabilidades relativas). En caso de presentarse uno de los supuestos

consagrados, el juez debe abstenerse de recibir el testimonio, para lo cual el artículo 218 C.P.C. exige a las partes que indiquen al juez la presencia de uno de estas hipótesis excluyente *antes* de realizarse la diligencia de interrogatorio a tercero.

Comenzando por las inhabilidades absolutas, debe decirse es perfectamente razonable desconfiar de la veracidad del testimonio de las personas allí incluidas, dadas las condiciones que deben ostentar (inferioridad de edad, defectos físicos y mentales). Sin embargo, pueden hacerse las siguientes acotaciones: en primer lugar, parece exagerada una disposición que a priori desestime el testimonio de un menor de doce años. Si de lo que se trata es garantizar que el juez tenga a su disposición fuentes de prueba, mal hace el legislador al prohibirle al juzgador servirse, en todo caso y bajo cualquier circunstancia de la información que puede suministrarle un menor. Además, esta disposición resume una fuerte pero injustificada desconfianza por parte del legislador hacia el juez, al considerarlo incapaz de valorar correctamente el testimonio de un niño menor de doce años (esto es: de decir si lo que dice es cierto o falso). Igualess reflexiones caben en relación con los dementes, de quienes es razonable dudar de la veracidad de sus aserciones, pero no por ello es razonable concluir que están incapacitados de decir la verdad. Frente a los sordomudos, el legislador muestra su desconocimiento de las variadas formas de comunicación que pueden formarse en el seno de la interacción humana. No sólo por escrito o mediante los sistemas convencionales de signos es capaz de comunicarse una persona que no goza de los sentidos del habla y del oído.

En fin: la principal falla que existe en el Derecho Probatorio en relación con estas *inhabilidades absolutas*, consiste en el injustificado desdén por parte del legislador en relación con las facultades valorativas del juez en los casos concretos regulados. Es como si el legislador dijese: “de los testimonios de los menores de 12 años, los dementes interdictos y los sordomudos que no se hacen entender en forma convencional me encargo yo, no el juez, pues de antemano y sin conocer ninguna circunstancia concreta, desestimo el valor de esas declaraciones”.

Completamente distinta es la actitud legislativa frente las denominadas *inhabilidades relativas*, pues mientras en relación con las inhabilidades absolutas pecó por exceso, controlando cualquier intento interpretativo y

valorativo del juez, aquí falla por defecto, pues deja en manos del juez la decisión sobre la admisibilidad del testimonio.

Comienza el ordenamiento probatorio enunciando, a título de ejemplo, unos supuestos en los que debe evitarse la recepción del testimonio (embriaguez, hipnosis, alteración mental, etcétera), entre los cuales se encuentran algunos de un alto grado de indeterminación, como es el concepto de “perturbaciones psicológicas graves” —¿Qué es una perturbación psicológica? ¿Cuándo es grave?—. Pero más complicado es el enunciado que sigue a continuación, según el cual el juez juzgará, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la habilidad específica de una persona para rendir testimonio. Si, como se dijo en el numeral 5.4.4, no existe certeza en relación con la naturaleza, alcance y condiciones de tales reglas de la sana crítica, mal pueden ellas fundar la decisión sobre la admisibilidad concreta de un testimonio. Y es que vale insistir en el argumento: ¿Cuáles son esas reglas de la experiencia? Nada dice el legislador cuando remite al respecto a la ciencia o a la lógica: ¿cuál ciencia? ¿Todas o algunas en especial? ¿Qué se entiende por *ciencia*? ¿Qué por *lógica*? ¿Cuáles son las condiciones de uso de tales reglas? Puras preguntas y ninguna respuesta sería por parte del legislador (ni de la jurisprudencia nacional).

Más razonable es la disciplina legal referida a los testigos sospechosos, consagrados así en el artículo 217 C.P.C.:

Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

El artículo 218, en su inciso 3º indica el momento en que se resuelve la naturaleza sospechosa de un testigo, una vez ha sido tachado por este motivo por alguna de las partes del proceso:

Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración.

El testigo es oído, pero el juez deberá pronunciarse sobre la tacha por sospecha realizada por una de las partes. Esto supone una interesante

exigencia para el juez: si decide inferir la veracidad de una aseveración a partir de una fuente de prueba transmitida por un testigo tachado de sospechoso, deberá justificar previamente la naturaleza infundada de la tacha. Es éste definitivamente un régimen favorable en relación con el problema de la verdad, pues en diferencia de lo que sucede con las inhabilidades, se permite la recepción del testimonio y la valoración del mismo *antes* de desestimarlos.

También está libre de reparos el régimen de la sanción estatuida por la no comparecencia del testigo al despacho, por su negativa a prestar juramento, a responder el interrogatorio y por su disposición a respuestas evasivas, consagrado conjuntamente por los artículos 225 y 228.9 del Código de Procedimiento Civil. A diferencia de lo que ocurre con el fenómeno de la confesión ficta consagrado en el artículo 210 C.P.C., la aparición de cualquiera de estos supuestos no da pie a que se suponga información; al testigo se le multará e incluso podrá ser conducido a la fuerza al despacho judicial, pero nunca se presumirá probado un hecho por presentarse cualquiera de las causales previstas para la imposición de la sanción, salvándose el proceso de viciar el procedimiento determinativo de la verdad.

En relación con la práctica de la prueba testimonial, debe decirse que su regulación, expuesta principalmente en los artículos 227 y 228 C.P.C., está inspirada en el respeto al principio del contradictorio y en la necesidad en preservar la espontaneidad del testigo, la cual se considera condición de la veracidad de su declaración. Tanto el juez como las partes (ordinariamente a través de sus apoderados) pueden formularle cuestionamientos al testigo, sin que exista un límite de preguntas previamente establecido por el legislador, sino que se ha dejado a la prudencia judicial este aspecto, en el entendido de que es el juez quien decide cuando se ha cuestionado lo suficiente al tercero. Se le impide a éste traer un libreto y con base al mismo dar respuesta a las preguntas: sólo cuando el juez lo considere sensato, podrá el testigo consultar documentación relativa a la información declarada. Además, dentro de la instancia en la cual se practicó el testimonio, el juez podrá ordenar su ampliación, lo que garantiza una transmisión completa de los datos conocidos por el testigo.

Puede concluirse que la regulación del testimonio, en lo que respecta a la toma de la declaración realizada por los testigos hábiles está tendencialmente dirigida hacia el establecimiento de la verdad. Empero,

serias críticas pueden formularse contra el régimen de exclusión de testigos considerados inhábiles.

5.4.9. El testimonio de referencia.

Una cuestión interesante respecto del establecimiento de la verdad en el campo del proceso, que amerita un epígrafe independiente, se presenta con ocasión del llamado testimonio de referencia o de oídas. Se ha dispuesto de un apartado especial para discutir la idoneidad y suficiencia de este medio tratándose de la determinación de la verdad de los hechos aseverados por las partes en un proceso civil.

Para el correcto análisis del presente problema debe tenerse cuenta que, desde un punto de vista normativo, este medio de prueba es admisible en el transcurso de un proceso civil. En efecto, el numeral tercero del artículo 227 del Código de Procedimiento Civil (relativo a la práctica del testimonio) estatuye lo siguiente:

3. El juez pondrá especial empeño en que el testimonio sea exacto y completo, para lo cual exigirá al testigo que exponga la razón de la ciencia de su dicho con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó a su conocimiento teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 226. Si la declaración versa sobre expresiones que el testigo hubiere oído, o contiene conceptos propios, el juez ordenará que explique las circunstancias que permitan apreciar su verdadero sentido y alcance.

Se advierte, entonces, que en tratándose del testimonio de oídas no existe ninguna regla de exclusión establecida por el legislador. Sin embargo, una cosa es la admisibilidad de un medio de prueba y otra muy distinta su fuerza probatoria: la admisibilidad es una institución de orden general, establecida por el legislador *ex ante* a cualquier proceso con base a criterios epistemológicos y contra-epistemológicos³⁶, mientras que su eficacia sólo se decide luego de tramitarse cada proceso, o más concretamente: luego de ejecutarse, en un proceso jurisdiccional determinado, todos los trámites propios del trabajo probatorio, aun cuando existan normas que disciplinen la actividad valorativa de la prueba. Limitado el análisis al texto normativo, se circunscribiría el mismo sólo al problema de su admisibilidad, mas no de su eficacia. Para poder discurrir

³⁶ Al respecto, TARUFFO, Michele. *Simplemente la verdad*. Obra citada, pp. 165 – 176; *La prueba de los hechos*. Obra citada, pp. 364 – 378.

sobre ella, es menester servirse de otras fuentes, como la doctrina y la jurisprudencia.

La distinción entre admisibilidad y eficacia de una prueba —como el testimonio de oídas— exige al operador jurídico que, al lado de considerar las reglas de exclusión o de inclusión establecidas por el legislador para disciplinar la actividad probatoria desplegada en un proceso, debe estar al tanto de las reglas que, expresa o implícitamente, estatuye la jurisprudencia también en relación con la prueba. Así, el Derecho Probatorio se muestra como un conjunto de normas que trasciende el ámbito legal al verse complementado por todo un contexto normativo nacido en el seno de la potestad jurisdiccional, evidenciándose la necesidad de analizar los diversos discursos judiciales que existen relativos a las pruebas, siendo uno de ellos el concerniente a la eficacia de la prueba testifical de oídas.

Para comenzar con este análisis, nótese que, *prima facie*, la cuestión sobre la idoneidad y suficiencia del testimonio de referencia admite dos respuestas antagónicas:

- El testimonio de oídas es un medio de prueba idóneo y suficiente para la determinación de la verdad de los hechos aseverados por las partes en un proceso civil.
- El testimonio de oídas no es un medio de prueba idóneo y suficiente para la determinación de la verdad de los hechos aseverados por las partes en un proceso civil.

Es posible la formulación de una última respuesta: una respuesta *tertium genus*, pues los jueces suelen ser más propicios a esta clase de soluciones intermedias (toda vez que ellos se topan con hechos concretos, los cuales rara vez son acomodables a los parámetros rígidos que normalmente se encuentran en los textos legislativos). Esta tercera respuesta es del siguiente tenor:

- El testimonio de oídas es un medio de prueba idóneo pero no suficiente para la determinación de la verdad de los hechos aseverados por las partes en un proceso civil.

El objetivo de este epígrafe es concluir, con base al derecho jurisprudencial colombiano referido a la materia de esta investigación, cuál de las respuestas anteriores se adecua a la realidad colombiana. Esto quiere decir que se han tomado en consideración algunas providencias, buscando identificar las *tendencias conceptuales* que se hallan en el derecho de los jueces respecto del testimonio de oídas.

Pero se hacen las siguientes advertencias: en primer lugar, sólo se han considerado providencias pronunciadas por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Esto es así, porque dicha corporación es el máximo órgano jurisdiccional en relación con los litigios que se componen por vía del proceso civil, habitáculo natural del ordenamiento probatorio civil colombiano. En segundo lugar, ha de considerarse que sólo se han tenido en cuenta sentencias proferidas desde el año 2000 hasta los días presentes. Varias son las razones de esta delimitación, pero se enfatiza en una: lo que interesa es verificar la línea argumentativa que *actualmente* tiene la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en relación con el testimonio *ex auditu alieno*, siendo el lapso aproximado de una década suficiente para dar cuenta de un conjunto de reglas de origen jurisprudencial relativas a la prueba de referencia, que tiene vigencia hoy en día. La consideración de un lapso mayor, tiene el peligro de presentar posiciones anacrónicas, *pasadas de moda*.

Finalmente, es necesario indicar que la metodología usada para la selección y análisis de las providencias fue ajena a los sofisticados procedimientos a los que invita, entre otros, el profesor colombiano Diego Eduardo López Medina³⁷. Conceptos tales como “punto arquimédico”, “nicho citacional” e “ingeniería de reversa” no aparecen, al menos de manera expresa, en el análisis que sigue. Lo anterior debido única y exclusivamente al número de providencias encontradas y a la manera rudimentaria como se encontraron: se accedió a una base de datos virtual (www.lexbase.com), se escogieron sentencias relevantes al tema en cuestión, se separaron las sentencias *importantes* de las *no importantes*, siendo el criterio determinante de la importancia la solidez y completitud de las argumentaciones sostenidas por los jueces en tratándose del testimonio referencial.

³⁷ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Bogotá: Legis, 2000, pp. 55 – 85.

Se notará que el número de sentencias analizadas es muy corto. Un primer motivo para esta *poca longitud* consiste en que, tal y como se ha dicho a lo largo de este escrito, nunca se ha pretendido analizar a fondo los desarrollos jurisprudenciales relativos a éste y los demás medios de prueba existentes, acudiéndose a ellos sólo cuando, según el criterio del presente investigador, su interpretación de los enunciados normativos es insuficiente para reflexionar de manera íntegra el Derecho Probatorio colombiano. Un segundo motivo se encuentra en la dinámica misma del procedimiento de casación. Al ser un mecanismo judicial de orden excepcional, los requisitos para acceder a ella son más exigentes, así como fuertemente dependientes de circunstancias concretas del caso (verbigracia: el valor actual desfavorable de la decisión de la que habla el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil), lo que dificulta que un determinado problema sea tratado reiteradamente por el Tribunal de Casación. Las que siguen, son pocas pero importantes sentencias en las que de una manera sólida, razonable y completa, se delibera sobre el testimonio de referencia.

Estas son las sentencias:

A. Expediente número 5943 de 2001.

Esta sentencia fue proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 18 de abril de 2001, cuyo magistrado ponente fue Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo y se identifica con el número de expediente 5943. Los hechos que anteceden esta decisión son los siguientes:

Mediante demanda, el demandante pretendió que se declarara que Pedro Enrique Puentes Ortiz es el padre extramatrimonial de Guillermo Francisco Lizcano Tovar, nacido el 3 de Enero de 1989. Para justificar esta pretensión dice el demandante que la madre del menor, Nelcy Lizcano Tovar, conoció al demandado y después de dos años de sostener relaciones sexuales, “más o menos continuas”, Nelcy resultó embarazada y dio a luz a un niño, Guillermo Francisco, el 3 de enero de 1989. Enterado de esto, Pedro Enrique Puentes Ortiz negó el reconocimiento del menor.

Con oposición del demandado se adelantó la primera instancia que culminó con sentencia del 27 de julio de 1995, por medio de la cual se declaró a Pedro Enrique Puentes Ortiz padre extramatrimonial de Guillermo

Francisco. Esa decisión fue apelada por el demandado oportunamente y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva la revocó, denegando la declaración de paternidad y los pronunciamientos conexos.

El Tribunal arribó a esta conclusión haciendo, entre otras cosas irrelevantes para nuestro objeto de estudio, un análisis de la prueba testifical, manifestando, luego de exponer sus apreciaciones relativas a los testimonios rendidos por Liria María Ramos de Figueroa, Amparo Mosquera de Patarroyo y Marleny González Montero (entre otras pruebas), que “no se avista la prueba que es menester para dar por establecida la causal relativa a las relaciones sexuales (sic), pues en modo alguno el trato personal y social que señalaron las declarantes aparece acompañado de las circunstancias que, según el legislador, permiten inferir el trato carnal”

Contra esta providencia, el Defensor de Familia interpuso el recurso de casación. Sólo uno de los cargos —el primero— versa sobre el problema que nos incumbe, pues en él se impugna la valoración probatoria ejecutada por el *ad quem* en relación (entre otras cosas) con un testigo de oídas. Afirmó el recurrente que el Tribunal se equivocó manifiesta y en forma grave al sostener “que no existieron relaciones sexuales entre las partes, porque los declarantes no expresaron la fecha exacta de las mismas y por ello sus dichos carecen de valor”, porque las declaraciones recibidas durante la tramitación del proceso daban cuenta de que el demandado “era el único hombre que se le conocía a Nelcy Lizcano Tovar, que con ella pasaba la mayor parte de su tiempo libre y de trabajo en la finca paterna; relación que duró más de siete años y se resquebrajó con la concepción del menor Guillermo Francisco, reconocido espontáneamente por el presunto padre ante Marleny González Montero, cuando se dirigía a acompañar a Nelsy Lizcano, a su estudio, aún en estado de embarazo” (subrayas y negrilla fuera del texto original).

En relación con este último punto, la Corte manifestó lo siguiente:

“(…) ha de agregar la Corte que la afirmación de la testigo Marleny González Montero, según la cual el propio demandado le reconoció ser el padre del menor puesto que al preguntarle si ‘era suyo’, él contestó afirmativamente, no es demostrativo, en sí, del yerro hermenéutico atribuido al juzgador, como quiera que, acorde con los principios que gobiernan la prueba testimonial, la labor crítica de este medio probatorio impone al juzgador observar, a fin de determinar el grado de credibilidad o de convicción de las declaraciones, si el testigo percibió directamente el hecho sobre el cual depone, o si lo supo a través de otra persona, o si lo afirma

por haberlo escuchado de la parte misma, en cuanto esta afirmación favorezca a ésta. Y en cuanto a las dos últimas hipótesis, tiénese dicho que, frente al riesgo de equivocación o mentira en que pueden incurrir éstos deponentes, el vertido en el proceso por haberse oído de interpuesta persona, tiene muy poco o escaso poder de convicción; y que ningún valor demostrativo ostenta el que se rinde cuando la versión proviene de lo que le han expresado al declarante alguna de las partes" (subrayas y negrilla fuera del texto original).

En este apartado, la Corte hace dos consideraciones que, a la postre, son rúbricas de una misma regla jurisprudencial. Señala, por un lado, el escaso poder de convicción del testimonio de oídas, sin aclarar las condiciones en las que, aun escasamente, poseen valor probatorio; por otro lado, excluye el valor probatorio de un testimonio de oídas cuando la referencia del testigo es una de las partes del proceso. En conjunto, estas reflexiones traslucen una subregla jurisprudencial muy clara: el testimonio de oídas carece de eficacia probatoria y, por lo mismo, no es un medio idóneo y suficiente para determinar la verdad de un hecho afirmado en el proceso.

Termina la sentencia no casando la providencia impugnada.

B. Expediente número 6742 de 2001.

Este expediente corresponde a la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 3 de diciembre de 2001, magistrado ponente: Manuel Ardila Velásquez.

Los hechos que dieron origen a esta sentencia se compendian así:

El proceso inició con demanda mediante la cual se solicita declarar que los demandados, son solidaria y civilmente responsables de los perjuicios sufridos por los demandantes, y que en consecuencia aquellos deben ser condenados a pagar a cada uno de estos el valor de los daños que les fueron ocasionados y que se dejan singularizados en ese mismo escrito. Para justificar estas solicitudes, los demandantes comienzan afirmando que el 17 de diciembre de 1991, en la carretera que de Medellín conduce a Cali y concretamente a la altura del Corregimiento de "La Pintada", se accidentó, "por fallas mecánicas", la camioneta de placas LMA 590, de propiedad de la cooperativa "Cencoobip" y conducida por Andrés Pérez Montoya, quien para el tiempo del mencionado suceso cumplía tareas propias de esa entidad, para la cual laboraba. El vehículo transportaba productos de la Cooperativa y como pasajeros llevaba a Gustavo Álvarez

Jaramillo, Claudia Eugenia Bedoya y Luz Elena Bedoya de Álvarez, de los cuales esta última padeció graves traumatismos que le dejaron como secuela una incapacidad absoluta de locomoción, laboral y de relaciones sexuales y de pareja, lesiones que son imputables a la entidad demandada y al conductor toda vez que el siniestro obedeció a fallas mecánicas relacionadas con el mantenimiento del coche y que como tales eran perfectamente previsibles por los demandados.

Mediando oposición a la demanda por parte de ambos demandados, el juez de primer grado puso fin a la instancia declarando a los demandados responsables por los perjuicios ocasionados, condenándoles a pagar por tal concepto a los actores las sumas de dinero que en el fallo quedaron consignadas. El tribunal, al resolver la apelación interpuesta por las partes, revocó el proveído de primer grado y en su lugar, absolvió a la parte demandada.

Para desestimar las pretensiones de la demanda, el Tribunal consideró, por un lado, las declaraciones de las personas que estuvieron presentes en los hechos y, por otro, una serie de declaraciones provenientes de personas que no estuvieron presentes en el momento mismo de ocurrencia de los hechos. Estas últimas declaraciones son descartadas por el *ad quem*, pues provienen de personas que no percibieron los hechos "por lo cual ningún mérito probatorio o credibilidad ofrecen tales dichos, tal como lo ha pregonado la jurisprudencia...".

Se acusa la sentencia de segundo grado por yerros ocurridos al momento de apreciar las pruebas. La Corte, en tratándose del problema que nos convoca, dice lo siguiente:

Arrimada como fue a los autos la copia del testimonio que ante el Juez Penal que investigó los hechos materia del presente proceso rindiera el Suboficial de la Policía Ovidio González, quéjase el recurrente de que se hubiese hecho caso omiso del hecho allí relatado por el declarante, a saber, que a poco de ocurrido el percance, de seis canecas que transportaba en el vehículo, cuatro arrojó al río el chofer pretextando para tal actitud el desagradable olor que de ellas emanaba.

Al respecto, observa la Sala que no obrando constancia de que esa prueba se hubiese practicado en la instancia penal a petición de la cooperativa aquí demandada o con audiencia de ella y no habiéndose de otro lado satisfecho en el presente proceso con respecto de ese medio probatorio el rito que permite su contradicción, no resulta oponible frente a dicho ente (Arts. 185 y 229 del código

del procedimiento civil). Por lo que no es posible achacar yerro al Tribunal por omitir su análisis. O cuando menos carecería de trascendencia.

Sin que lo anterior sea óbice para apuntar que los hechos atrás compendiados y que supuestamente narró el declarante, de los que se quiere inferir el intento del chofer por ocultar las circunstancias culposas que rodearon el suceso, llegaron al conocimiento de aquél, según él mismo lo acepta, no por haberlos presenciado sino por haberlos escuchado, **constituyendo entonces el suyo un testimonio de oídas, cuyo pobre valor de convicción no daría por ende, en caso de ser estimado, pie para edificar un indicio, que para su formación requiere, como bien se sabe, la prueba plena del hecho indicador.** Y esto sin contar con que todos los demás testigos que mencionan el punto refieren que eran cuatro - no seis- las canecas que el carro llevaba.

Esta providencia contiene una verdadera subregla jurisdiccional en virtud de la cual se niega cualquier valor probatorio a la prueba de referencia. Es cierto que no hay una correcta motivación al respecto, pues la Corte mencionada lo antedicho como un presupuesto evidente de una conclusión posterior. Sin embargo, una cosa es la indebida motivación de una providencia y otra muy distinta la consignación de sub-reglas en ella: en este caso, se ha fijado claramente una regla que tuvo consecuencia directa en la decisión.

La sentencia termina no casando el fallo impugnado.

C. Expediente número 5989 de 2002.

Mediante la sentencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia del 7 de febrero de 2002, siendo el magistrado ponente José Fernando Ramírez Gómez y estando el expediente identificado con el número 5989, de decidió recurso de casación interpuesto con ocasión de la resolución jurisdiccional del siguiente litigio:

Por demanda el señor Álvaro Asdrúbal Méndez demandó a los herederos determinados e indeterminados del señor Ottorino Lomonaco Cetraro, pretendiendo que se le declarase hijo extramatrimonial del causante, con vocación para heredarlo, haciendo, luego, una serie de pretensiones consecuenciales. Entre otros, los hechos que soportaron la demanda fueron los siguientes: el 8 de agosto de 1993 falleció Ottorino Lomonaco Cetraro, quien durante los años de 1952, 1953 y mediados de 1954, habría hecho vida marital con Isabel Procopia Méndez, progenitora del actor. Según el actor, las relaciones sexuales que sostuvieron, de las cuales nació

el demandante, fueron del conocimiento de las comunidades de Yopó y El Corozal. Lomonaco Cetraro contribuyó para la alimentación del actor, durante los dos años siguientes a su nacimiento, luego se desentendió de tal obligación.

Con oposición por parte de los demandados, la primera instancia se definió con sentencia desestimatoria de las pretensiones de la demanda. Esta providencia fue impugnada, resultando, a la postre, la revocación de la misma con el consecuencial acogimiento de las pretensiones por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

En este fallo de segunda instancia, el *ad quem*, luego de precisar la fecha probable de la concepción del demandante, pasa a ocuparse de los medios probatorios aducidos para comprobar las alegaciones de las partes. Con tal propósito, hace un sumario de los testimonios de Juana Nabor Medina de Torres, María de Jesús Quirife, Ramón Torres, Isabel Procopia Méndez, Concepción García, Pedro Ramón Rodríguez, Jesús Escobar, Juan Clemente Rodríguez, Felisa Jacinta Ostos, Trino Sixto Torres y Nicomedes de Jesús Escobar, para luego valorarlos, además de haber practicado una prueba pericial.

De la valoración conjunta de las pruebas practicadas, deduce el Tribunal que

" (...) OTORINO LOMONACO CETRARO e ISABEL PROCOPIA MÉNDEZ, para los años de 1952 a 1956 sostuvieron relaciones sexuales las que se infieren del trato demostrado ante los testigos antes mencionados y de las que tenía conocimiento el vecindario que los rodeaba, pues así se desprende de los rumores a que se refieren JUANA NABOR, RAMÓN TORRES, que se deben considerar como indicio, por cuanto fueron corroborados por la madre del demandante, testimonio este que no fue tachado por la parte contraria dentro de la oportunidad procesal respectiva. También por la testigo FELISA JACINTA OSTOS, quien nos relata que en forma personal y directa percibió la relación amorosa que existió entre ISABEL y OTORINO, al igual que el declarante TRINO SIXTO TORRES, quien también los percibió personalmente". Juzga dignos de crédito los testimonios referenciados, por su espontaneidad, ya que "(...) cada uno relata lo que realmente percibieron sus sentidos, mientras unos hablan de rumores, es decir son testigos de oídas, los otros los ratifican por lo que observaron directamente".

Agrega que dos de los testigos deponentes, la señora Marina de Jesús Quirife y el señor Ramón Torres, manifestaron que

"...en la comunidad se escuchaba el comentario que OTORINO LOMONACO era el padre de ÁLVARO ASDRÚBAL MÉNDEZ, que para la Sala vienen a ser indicios de la paternidad en cabeza de éste, teniendo en cuenta, y como se dijo anteriormente, las declaraciones de TRINO SIXTO TORRES, FELISA JACINTA OSTOS y la propia madre del accionante".

Inconformes con lo resuelto, los herederos determinados de Ottorino Lomonaco Cetraro propusieron el recurso de casación. Entre los cargos presentados contra la demanda, resalto el segundo, pues se acusa al fallo de adolecer de aplicación indebida por incorrecta apreciación de los hechos de la demanda y de las pruebas.

Para entender esta acusación, debe tenerse en cuenta que el Tribunal concluyó que Ottorino Lomonaco Cetraro e Isabel Procopia Méndez sostuvieron relaciones sexuales durante la época en la cual fue concebido el demandante, para consecuentemente dar por establecida la presunción de paternidad natural consagrada en el artículo 6º numeral 4º de la ley 75 de 1968, con base en los testimonios de Felisa Jacinta Ostos, Trino Sixto Torres e Isabel Procopia Méndez, y los indicios extraídos de las declaraciones de Juana Nabor Medina de Torres, Ramón Torres y Marina de Jesús Quirife. El recurrente objeta dicha conclusión, atribuyéndole tener como hecho indicador, sin especificar si de las relaciones sexuales oportunas, o de la propia paternidad, los rumores o chismes a los cuales aludieron Juana Nabor Medina y Segundo Ramón Torres, amén de transformar sus afirmaciones de "oí decir" o "eran rumores o chismes" en "me consta"; no reparar en la ausencia de fechas, la carencia total de ubicación cronológica de esos hechos "fantásticos"; hacerles "...decir lo que conviene al demandante", completarlos, soslayar sus lagunas, ignorar el origen parcial de sus decires y hacer caso omiso de sus mentiras. Igualmente, tomar "...como prueba de relaciones sexuales, consejas sobre paternidad", relatadas por Marina de Jesús Quirife.

Al considerar este cargo, la Corte censuró la actuación del Tribunal, pues éste tomó como hechos ciertos y verificados aquello que no pasó nunca de ser un simple rumor. Deja claro que

"(...) las posibilidades de error se hacen innumerables cuando la cadena de la declaración de oídas se pierde en el anónimo; y este es el caso del rumor público..., puesto que el testigo primitivo original no es sino una hipótesis misteriosa. Las muchas voces particulares anónimas que componen el rumor, los muchos decires de proveniencia desconocida (...) que luego se presentan con la venia de la impunidad

que trae consigo la fama pública (...); remata la Corte afirmando que en el presente caso, los testimonios de oídas aducidos carecen de valor probatorio pues “(...) como en efecto en el caso sucede porque los citados testigos ni siquiera describen hechos concretos de trato, pues simplemente de manera abstracta y a propósito de la exacta pregunta se refieren a la vida marital que se “oía decir”, a los chismes, como uno de ellos los califica”.

De lo anterior se concluye una nueva sub-regla jurisprudencial: la prueba de oídas se hace inidónea si no se encuentra plenamente determinado el contexto dentro del cual surgió la referencia narrada por el testigo. Sin embargo, no se especifica que sucede en el caso contrario, esto es: cuando si está determinado el contexto en el cual se origina la referencia luego narrada por el testigo. Así las cosas, es razonable permanecer con la conclusión recién mencionada: la Corte desconoce eficacia probatoria al testimonio de referencia.

La sentencia termina con la casación del fallo impugnado.

D. Expediente número 7082 de 2002.

El fallo que sigue a continuación es el proferido por la Corte Suprema de Justicia el 22 de abril de 2002, siendo Manuel Ardila Velásquez el magistrado ponente y estando identificado con expediente del proceso con el número 7082.

Tuvo origen el proceso en la demanda presentada por la Defensora de Familia ante el Juez Promiscuo de Familia de Purificación (Tolima) para que se declarase que el menor Héctor Fabián González es hijo de Lisardo Correcha Zarta, de lo cual habría de tomarse nota en la correspondiente acta de registro de nacimiento. Para sustentar tales pretensiones, da cuenta la demanda incoativa de que Blanca Lilia González Vidales formalizó en 1987 con el demandado, a quien conocía de antiguo en razón de laborar el padre de ella al servicio de éste, una relación de carácter amoroso y sentimental que llevó a que el 29 de noviembre de 1994 sostuvieran relaciones sexuales, fruto de las cuales nació el 10 de agosto de 1995 el ahora demandante. Por su parte, se opuso el demandado, negando los hechos de la demanda, haciendo énfasis en que no sostuvo relaciones sexuales en ningún tiempo con la madre del aludido menor.

El fallador de primera instancia acogió las pretensiones del actor, mas el tribunal, al desatar la apelación formulada por el demandado, revocó esa

decisión y en su lugar, las denegó. El tribunal, luego de puntualizar que la demanda se encuentra cimentada en la causal contenida en el ordinal 4o. del artículo 6o. de la ley 75 de 1968, recuerda cómo el legislador, ante la dificultad en hallar prueba directa del ayuntamiento de la pareja, admite que dicho acoplamiento pueda acreditarse indirectamente.

A continuación, reproduce el *ad quem* apartes de los testimonios de Nidia Vidales de González y Lina María Quiñones González referentes a la relación existente entre la madre del menor demandante y el demandado, concluyendo de allí que aquellas no tuvieron conocimiento directo de los hechos que narran, circunstancia esta última que estima corroborada por la misma Blanca Lilia González —madre del infante— en cuanto que de su dicho se infiere que el trato con el demandado no trascendió a la esfera social y familiar a través de hechos que pudieran ser percibidos por las aludidas declarantes. Y remata advirtiendo sobre el escaso o ningún poder de persuasión del testimonio de oídas.

La parte vencida incoó el recurso extraordinario de casación, acusando al Tribunal de una “errada interpretación de los hechos y del tema de prueba”, arguyendo al respecto que existe error de hecho en la valoración de la prueba testimonial por parte del tribunal, toda vez que los testimonios de quienes rindieron su declaración a instancias del demandante son claros y precisos, dando las declarantes muestras de ser amplias conocedoras de las circunstancias fácticas que rodearon la amistad entre las partes del proceso, no pudiéndose, por tanto, tildarlos de testimonios de oídas.

Luego de reafirmar que los testimonios recibidos en el proceso son calificables como “testimonios de oídas”, la Corte Suprema manifiesta lo siguiente:

Pero todavía viene al caso advertir, a pesar del recurrente, quien no discute el criterio del fallador en cuanto a ningún mérito demostrativo que le merecen testimonios como los aludidos, que, en efecto, **la doctrina y la jurisprudencia tienen bien establecido cuán precarias probatoriamente son esas narraciones de segunda mano, especialmente, como es de suponer, cuando aquél que a la versión dio origen, tiene especial interés en la situación, comoquiera que, cual lo expresara la Corte,** "es natural que si un testigo basa su exposición en lo que una de las partes contendientes le dice, carece absolutamente de valor demostrativo; de no, sería enriquecer el ámbito probatorio, dado que ello traduciría

en la práctica que las partes puedan hacerse su propia prueba, oponiendo a la contraparte no más que sus afirmaciones”

Y es que, a la verdad, en vista de que, como muy bien lo insinuaba el código judicial, testimonio de tal naturaleza prueba las palabras mas no los hechos, es poco meritorio, porque, aguzando el entendimiento, fácilmente se comprende que de otro modo daríase el curioso evento de que en últimas resulte declarando una persona que sin venir al proceso y, por ende, sin asumir responsabilidad ninguna, simplemente hace llegar al juez y a través de otro el eco de sus palabras. Y claro, si ya respecto del testigo presencial se corren riesgos, estos adquieren ribetes extremos cuando las palabras se echan a rodar, con el peligro latente de que en un momento dado se conviertan, en rumor, siendo oportuno recordar que según Loysel (citado por Gorphe) “un tonel de rumores nunca está lleno”. (La apreciación judicial de las pruebas. Buenos Aires. Edit. La Ley, pág. 373).

Así pues, para concluir el punto, así luzca reiterativo, dígase una vez más que el argumento básico del tribunal para descartar de plano el valor probativo de los testimonios de Nidia Vidales de González y Lina María Quiñones, a los que se contrae la acusación, se mantiene inconvencible.

De lo anterior se colige la reiteración que en este fallo hay de reglas jurisprudenciales pasadas: desde un punto de vista probatorio, los testimonios *ex auditu alieno* son ineficaces.

La sentencia culmina no casando la sentencia.

E. Expediente número 6919 de 2002.

Esta sentencia, proferida por la corte suprema de justicia el 21 de mayo de 2002, con Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo como magistrado ponente, se pronunció con ocasión de los siguientes hechos:

El proceso promovió con el fin de que se declarara la paternidad extramatrimonial del demandado respecto de la menor demandante. En soporte de las pretensiones, se adujo que hacia el mes de mayo de 1994, Sandra Milena Calderón Bernaza laboró en casa del demandado, quien la obligó a tener relaciones sexuales, como resultado de las cuales aquélla quedó en estado de embarazo, por lo que fue despedida de su trabajo a finales del mes de agosto de ese año.

Mediando oposición por parte del demandado, la primera instancia finalizó con sentencia proferida el 31 de marzo de 1997, estimativa de las pretensiones de la demandante, decisión que confirmó el Tribunal Superior en fallo de 8 de septiembre de la misma anualidad, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandado.

En tratándose del contenido de la providencia impugnada, específicamente en lo que concierne a este trabajo, debe decirse que el Tribunal encontró demostrado que los testigos Concepción Velázquez Mórea, Raquel Camacho de Pérez, Elsa Ortiz Cerón y Luz Marina Scarpeta Rodríguez, daban fe “sobre la buena conducta de Sandra Milena y frente a los hechos investigados lo único que pueden asegurar es que ésta trabajó donde Wilson López Aguilar y, según ella, de allí salió embarazada”; en cambio, descartó los testimonios de Virgelina Plazas, María Lucía Ramírez Plazas y Over Ortega Bermúdez, la primera, porque el demandado habló con ella antes de su comparecencia del Juzgado, lo que “siembra la duda en el juzgador sobre la veracidad de los testimonios”; la segunda, porque “busca favorecer al demandado”, y el último, porque sostuvo que nunca tuvo relaciones con Sandra Milena.

En la demanda de casación, el libelista argumentó que el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de los testimonios rendidos a petición del demandado, señalando la censura que el fallador no les “les dio el valor que en sí tienen”, declaraciones testificales éstas que “aportan conceptos claros y precisos” sobre los hechos del litigio, las que “favorecen en todo” al demandado, conforme a las cuales aparece demostrado “que entre el presunto padre y la madre” de la menor Tatiana Calderón, no pudieron “existir, ni existieron tales relaciones sexuales” y que, por otro lado, dejan en claro que “ni el vecindario, ni familiares, ni amigas tuvieron conocimiento de tal embarazo”.

Resolver el cargo formulado, la Corte manifiesta lo que sigue:

Se sabe que la labor investigativa de la paternidad extramatrimonial es tarea no exenta de dificultad, particularmente cuando ella se finca en la existencia de relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre para el tiempo en que pudo ocurrir la concepción (nral. 4º art. 6º Ley 75/68), toda vez que, como es la usanza, el trato carnal suele ocurrir en la intimidad de los amantes, como tal ajeno a la vista de los terceros y a su conocimiento directo, por lo que, las más de las veces, ese trato se infiere del comportamiento que la pareja se dispensa personal y socialmente, o

por la presunción de hombre que se edifica a partir de la existencia de determinados vínculos –de hecho o de derecho- que establecen hombre y mujer.

No obstante, la prenotada dificultad –que no imposibilidad- no puede constituirse en valladar insuperable para la determinación del estado civil de hijo – máxime en la hora de ahora signada por los avances en materia de pruebas genéticas-, motivo por el cual, al valorar la prueba testimonial, cuando de ella se trata, deben los Jueces ser conscientes de dicha situación y, a partir de ella, “dentro de un marco de aquilatada severidad, pero evitando caer en crudos excesos” (CCXII, pág. 286) –*summun ius, summa injuria*-, indagar si de los hechos declarados por los testigos, válidamente se puede colegir, atendidas las máximas de la experiencia, que entre la madre y el presunto padre se presentó comunidad de cuerpos por la época en que biológicamente se originó la vida, o si, por el contrario, son versiones de corrillo, **de oídas –de auditu-**, o conjeturas, hijas de la malicia o de la suspicacia, a las que no puede el juzgador plegarse para fundar en ellas la declaración de paternidad.

Es importante considerar este apartado, pues de él se desprende el resultado final de la sentencia, a saber: la casación de la providencia impugnada. Al entender de la Corte, los testimonios de oídas son equiparables a “versiones de corrillo” y “conjeturas” “hijas de la malicia o de la suspicacia”. Acá se deja ver una posición férrea de la Corte —y con ella la reiteración de una subregla jurisprudencial ya mencionada— según la cual el testimonio de referencia carece absolutamente de valor probatorio.

F. Expediente número 6936 de 2002.

Sentencia proferida el 9 de julio de 2002 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (magistrado ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo), se pronunció en el siguiente contexto fáctico:

La señora Ortiz Pérez como representante legal del menor Jaime Rodrigo Ortiz, promovió un proceso de investigación de la paternidad extramatrimonial contra Miguel Ángel Martínez Lozada, para que se declarara que el demandado es el padre del citado menor, de conformidad con los siguientes hechos:

El 25 de marzo de 1993, en la ciudad de Villavicencio (Meta), nació el menor Jaime Rodrigo Ortiz, hijo de Dora Ninfa Ortiz Pérez, quien, para esa época, era soltera. Dora Ninfa Ortiz Pérez y Miguel Ángel Martínez Lozada, se conocieron en Villavicencio en el mes de abril de 1992, dadas las relaciones de vecindad de sus familias, quienes residían en la urbanización “La Florencia J”, de esa ciudad, y sostuvieron relaciones sexuales en los

meses de junio y julio del mismo año. Enterado el demandado del estado de embarazo de Dora Ninfa prescindió en adelante de todo trato con ella.

Mediando oposición a la demanda y agotado el trámite de rigor, el juzgado de conocimiento le puso fin a la primera instancia, mediante sentencia que denegó las pretensiones de la parte actora.

Interpuesto el recurso de apelación por la Defensoría de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Meta, el *ad quem*, mediante la sentencia atacada en casación por el demandado, revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, declaró que éste era el padre extramatrimonial del menor; otorgó la patria potestad de Jaime Rodrigo a su progenitora y condenó al demandado a pagar a aquel, como cuota alimentaria, la suma equivalente al salario mínimo legal vigente.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal (además de realizar una serie de razonamientos que no vienen al caso por ser ajenos al problema escogido) reconoció pleno valor a las declaraciones testificales de de Luis Ernesto y Juan Carlos Riveros Pérez, Dolores Pérez Aguiar, Stella Medina Solano, Luz Fanny Herrera y Elizabeth Sastre Moreno.

Agregó que esos testimonios le merecían credibilidad, no obstante que “hubieren incurrido en algunas imprecisiones sobre aspectos diferentes a la existencia del trato amoroso que demandante (sic) y demandado se prodigaban”, pues “tales testigos no demuestran ánimo diferente que el de dejar consignado lo que realmente les consta”. Por ello, no tiene trascendencia que hubieren manifestado que se enteraron “por boca de Dora Ninfa” del hecho mismo de haber sostenido “relaciones sexuales con el demandado”, así como en lo “relacionado con el embarazo de aquélla”, pues, con respecto a “la existencia de la relación afectiva y su ubicación en el tiempo tienen un conocimiento directo”, circunstancia que le sirvió de estribo a la conclusión probatoria del Tribunal.

De otra parte, señaló el Tribunal que a las declaraciones anteriormente mencionadas, debía adicionarse que el examen de genética practicado al menor y al presunto padre, Miguel Ángel Martínez Lozada, dio como resultado que tal paternidad es “COMPATIBLE”, diagnóstico que no fue controvertido por la parte demandada al ponerlo en su conocimiento.

En cuanto a los testimonios rendidos por las personas convocadas a petición del demandado, manifestó que “nada aportan” para desvirtuar la existencia de “las relaciones amorosas sostenidas por Dora Ninfa Ortiz Pérez y Miguel Ángel Martínez Lozada” razón por la cual quedaba en pie la conclusión que sobre la existencia de ellas se dedujo con fundamento en los demás testimonios por él analizados.

En su intento de sustentar la acusación así formulada, el casacionista denunció e que el fallador de segundo grado incurrió en aplicación indebida de una serie de normas, al apreciar las declaraciones testificales rendidas en el proceso por “Luis Ernesto y Juan Carlos Riveros Pérez, Dolores Pérez Aguiar, Stella Medina Solano, Luz Fanny Herrera y Elizabeth Sastre Moreno, parientes de la representante legal del menor demandante los tres primeros, como hermanos y madre legítima de ella respectivamente; y las tres restantes, como amigas dilectas y compañeras suyas en sus aventuras y conductas de vida licenciosa”. Asimismo, el censor expresó que tales testimonios eran todos “de oídas” y que, por consiguiente, “el Tribunal incurrió en error evidente de hecho al apreciarlas”. Para demostrar tal aserción, transcribió apartes de los testimonios aludidos, destacando expresiones utilizadas por los declarantes, tales como: “me dijo”, “me contaba”, “le comentó”, “me lo contó”, “me ha comentado”.

Al respecto, la Corte manifiesta lo siguiente:

A este respecto, menester es recordar que el testimonio de oídas, *per se*, es prueba generalmente ineficaz, salvo que se trate de acreditar, por vía de ejemplo, rumores, fama o divulgaciones, habida cuenta que “tales testimonios no prueban el hecho mismo sino las palabras que se oyeron”. Y ello es así porque, de una parte, la circunstancia de que el testigo no haya percibido recta vía los hechos a los que se refiere, impiden aseverar con certidumbre que ellos efectivamente ocurrieron, dado que “las posibilidades de error se hacen innumerables cuando la cadena de la declaración de oídas se pierde en el anónimo” (cas. civ. de 7 de febrero de 2002; exp: 5989); y de la otra, porque ese tipo de atestaciones, a lo sumo, sirven al propósito de probar la transmisión del conocimiento sobre la existencia del cuadro fáctico que supuestamente otros debieron o pudieron percibir. Por eso la Sala ha subrayado que “en la labor crítica de este medio de prueba el juzgador debe observar, a fin de determinar el grado de credibilidad o de convicción de las declaraciones, si el testigo percibió directamente el hecho sobre el cual depone, o si lo supo a través de otra persona, o si lo afirma por haberlo escuchado de la parte misma, en cuanto esta afirmación favorezca a ésta. Y en cuanto a las dos últimas hipótesis, tiénese dicho que, frente al riesgo de equivocación o mentira en que pueden incurrir éstos deponentes, el vertido en el proceso por haberse oído de

interpuesta persona, tiene muy poco o escaso poder de convicción; y que ningún valor demostrativo ostenta el que se rinde cuando la versión proviene de lo que le han expresado al declarante alguna de las partes” (Sent. No. 123 de abril 19 de 1988; Cfme: CCXLIX, pág. 846).

(...)

Una declaración testifical (testificatio) con los rasgos descritos, es menester apreciarla en forma plenaria, amén que articulada, razón por la cual, en la valoración del segmento –o fragmento- conocido de oídas, será necesario indagar, por vía de ejemplo, si estas declaraciones confirman la ocurrencia de hechos debidamente probados por otros medios, o si, por el contrario, se trata de hechos ayunos de prueba, caso éste en el que, se reitera, ningún mérito podrá otorgársele al testimonio. Pero esa sola circunstancia, itérase, no puede afectar o eclipsar la parte de la declaración cuyo contenido se relaciona con hechos percibidos directamente por el testigo, la cual, como antes se expresó, debe apreciarse conforme a los lineamientos enunciados en párrafos precedentes, es decir, auscultando si la versión es exacta, mejor aún, fiel a los acontecimientos (fidedigna), e igualmente completa, sin exigir detallismos –propios de la filigrana o del pulimento testimonial- que, por el contrario, la harían sospechosa y, por ende, convicta de desconfianza. Por tanto, una declaración, en sí, puede ser escindida con el confesado propósito, de una parte, de expeler aquellas aseveraciones que, en su etiología, no son producto de la percepción derecha del testis y, de la otra, de preservar incólume la narratio cimentada en el conocimiento directo y cabal de los hechos. De esta manera el juzgador, a modo de catarsis, purificará la declaración, conservando su genuino sentido y alcance, esto es, la descripción de visu, como se refirió en líneas que anteceden.

En suma, un testimonio no puede ser estigmatizado, de por sí, a pretexto de que una parte o fragmento es de oídas, habida cuenta que la restante, en efecto, puede ser fruto del conocimiento puntual por parte del deponente, por manera que, a priori, no cabe restársele eficacia integral por ese sólo hecho, siendo menester apreciarlo en su conjunto, con miras a otorgarle su real valía, según el caso.

Si bien en el texto de esta providencia rezuma la desconfianza que tiene la Corte al testimonio de oídas, hay una variación respecto de las anteriores providencias; excepción que se configura en una verdadera subregla jurisprudencial: el testimonio de oídas, *per se*, no es un medio de prueba suficiente para determinar, con veracidad, la ocurrencia de un hecho; pero puede llegar a ser idónea si es útil para confirmar la ocurrencia de hechos verificados con otros medios. En una palabra: el testimonio de oídas será idóneo para la averiguación de la verdad de un hecho sólo si funge de complemento de otros medios de prueba referidos al hecho en cuestión.

Esta sentencia terminó con la no casación del fallo impugnado.

G. Expediente número 6943 de 2003.

El 1 de septiembre de 2003, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (M.P. Cesar Julio Valencia Copete), profirió sentencia en razón de los siguientes hechos:

La demanda trató sobre la paternidad extramatrimonial en ella imputada al demandado respecto del menor Wilmar Ferney López. Para soportar esta pretensión, se dijo que Eva López, madre del demandante, y Gonzalo Mantilla Rodríguez —el demandado—, quienes con antelación se conocían por razones de vecindad, desde 1992 estrecharon sus lazos de amistad, para luego en junio formalizar noviazgo y en julio de ese mismo año iniciaron relaciones sexuales, las cuales se tornaron continuas y permanentes, siendo apreciadas en varias oportunidades por Rosa Arenas. En agosto de 1993 Eva López quedó embarazada pero fue abandonada, a la postre, por el demandado. Éste, al dar respuesta a la demanda, se opuso a las pretensiones, afirmando que un tal Tomás Sandoval posiblemente era el padre del menor.

El Juzgado Primero Promiscuo de Familia de San Gil declaró que el demandado no es el padre extramatrimonial del menor demandante. Apelada esta providencia, fue revocada por el Tribunal, que accedió a las pretensiones.

Únicamente en lo que concierne en este contexto, debe decirse que la sentencia del Tribunal se basó en las pruebas testimoniales practicadas y en una prueba pericial (examen de genética).

La demanda de casación, entre otras censuras, manifestó que las declaraciones de dos de los testigos, las señoras Otilia Afanador Hernández y Rosa Margarita Hernández Afanador, son de oídas, por lo que carecen de valor. Al respecto, la Corte dice lo siguiente:

Si a lo anterior se suma que Otilia Afanador y Rosa Margarita Hernández Afanador son testigos de oídas, pues la información que suministraron en gran medida la obtuvieron de la misma Eva López, y, adicionalmente, que nada en concreto refirieron sobre el trato de ésta con Gonzalo Mantilla, al punto que ambas se enteraron del embarazo cuando se encontraba avanzado, más ostensible se torna el yerro de ponderación imputado al Tribunal. Tales declaraciones, valoradas conforme las reglas de la sana crítica, no merecen credibilidad y, en consecuencia,

no crean convencimiento sobre el hecho de las relaciones sexuales investigadas, menos en la época en que se presume fue concebido el menor demandante, como quiera que, según lo tiene dicho esta Corporación, en los testimonios de oídas o *ex auditu* "son mucho mayores las probabilidades de equivocación o de mentira", de donde **"está desprovisto de cualquier valor demostrativo"**, con mayor razón, el testimonio del que afirma un hecho por haberlo oído de la parte misma o a sus causahabientes, en cuanto esa afirmación sea favorable a éstas"

En esta decisión, la Corte presenta una postura más rígida, concretada en la siguiente subregla: el testimonio de referencia no tiene valor probatorio alguno. Esto es así porque, como se advierte al leer la sentencia, finalmente se casa la providencia atacada, aún cuando, al lado de los testimonios de oídas, había una prueba pericial que indicaba la probabilidad en un 94.13% de la paternidad del demandado en relación con el demandante. En este caso, los testigos *ex auditu alieno* ni siquiera sirvieron para controlar otros medios probatorios.

H. Expediente número 0143 de 2005

Este número de expediente corresponde a la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con Edgardo Villamil Portilla como magistrado ponente, el 23 de junio de 2005 en el marco de los siguientes hechos:

Los demandantes solicitaron declarar a los demandados civil y extracontractualmente responsables, por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la muerte de Pedro Antonio Pabón López y los deterioros del automotor que éste conducía al momento de su deceso. Como secuela de lo anterior, reclamaron la suma de \$150'000.000.00 a título de daños materiales y morales. En sustento de las pretensiones, relataron que el 18 de noviembre de 1983, en la carretera que de Bogotá conduce a Pasto, el vehículo del causante fue embestido por el Furgón de placas SGH-546, de propiedad y uso de los demandantes. Los demandados presentaron la contestación respectiva, oponiéndose a la demanda formulando la excepción de culpa exclusiva de la víctima.

La primera instancia terminó con sentencia adversa a las súplicas de la demanda, fallo que los demandantes apelaron y fue revocado por el Tribunal Superior de Popayán, quien tuvo a la parte demandada como responsable del accidente y la condenó a pagar la suma de \$57.185.902.86 por concepto de lucro cesante pasado, \$96.903.486.78

por lucro cesante futuro, \$3.500.000.00 valor del vehículo y el equivalente de 1000 gramos oro por perjuicios morales.

En lo que importa para este trabajo, debe considerarse que la sentencia del *ad quem* estuvo basada, principalmente, en la prueba testimonial recolectada a lo largo del proceso. El vencido, al interponer el recurso de casación, censuró el fallo de segundo grado, entre otros motivos, por aplicación indebida por error de hecho en la apreciación de la prueba, pues, en su sentir, los testigos en los que el *ad quem* fundó su sentencia, no fueron testigos presenciales del accidente, sino testigos de referencia.

Al pronunciarse sobre la demanda de casación, la Corte dice lo siguiente:

Estos testigos, sin excepción, narran que oyeron decir “que según se comentaba”, que “un señor moreno de aproximadamente treinta años” dijo que el señor Fernández Bautista “ya había cuadrado bien el carro”, que “había envestido el taxi”, y que el “carro de Servientrega quedó montado encima del carrito pequeño”. El Tribunal para revocar la sentencia absolutoria del juzgado, copió los pasajes más relevantes de estos tres testimonios y remarcó con letra especial las afirmaciones sobre tres hipótesis centrales: que el furgón embistió al taxi, que además se montó sobre éste y que el demandado Pabón cuadró convenientemente el carro.

(...)

Acontece, no obstante, que los testimonios de los señores Guerrero, Salazar y Jiménez, como lo denuncia la censura, no pueden ser soporte de la decisión, pues apenas hacen eco de percepciones y narraciones ajenas.

Tradicionalmente se ha mirado con reserva y prudencia el testigo que apenas retransmite la versión de otro, tanto que la doctrina y la jurisprudencia han creado una nominación especial. Así se le ha calificado como testimonio de oídas o *ex auditur alieno* para individualizarlo, por esa específica circunstancia, dentro del género de testigos y así resaltar su singularidad, pues varios principios basilares del derecho probatorio pueden resultar severamente amenazados con la inadecuada valoración de un testigo de estas características.

Cuando una declaración llega al oído del juez a través de un intermediario, mínimas preocupaciones de orden metodológico imponen la búsqueda y consulta de la fuente misma, pues el conocimiento original es preferible al que circula por medio de segundas voces, que aún sin intención pueden falsear la percepción primigenia. No se trata solamente de una cuestión formal, ni de temor al engaño, es una simple consideración metodológica propia de las ciencias sociales: es mejor la fuente que los intermediarios, y la fuente es mejor porque uno es el proceso de aprehensión del conocimiento y muy otro el mecanismo mental que opera cuando se reproduce la representación de los hechos en función narrativa dirigida a un interlocutor que no

es el destinatario judicial ordinario, sino apenas otro testigo, no de los hechos vivos, sino de una narración. Obsérvese cuidadosamente que una cosa es la disposición o actitud de escucha en una audiencia judicial y otra, muy distinta, la del testigo que asiste a la narración espontánea y desprevenida que hace otro testigo; una cosa es la escucha intencional y otra la simple expectación pasiva del curioso, cuyo interés por la narración está cruzado por una serie diversa de circunstancias, entre ellas el relajamiento y desatención de quien oye una historia, muy diferente de quien la vive, así sea pasivamente como testigo. Igualmente, la disposición del narrador frente al curioso lejos está de la solemnidad propia de la audiencia judicial. En suma, es exigible que el testigo de visu transmita directamente su percepción en el estrado judicial.

(...)

Todo indica entonces, que si el testigo prístino está identificado, es perentorio evitar la interposición y provocar que se reciba la versión original y directa, en cuyo caso el declarante de oídas tendría como función principal dar noticia sobre la existencia misma del testigo directo, como también servir de control a la versión que este puede brindar como corroboración o rectificación judicial y pública de lo dicho en privado, por el contraste que pueda brindar la versión directa del testigo presencial y lo que de éste oyó decir el otro.

En consecuencia, si está identificado el testigo original, el sistema procesal vigente impone como principio la verificación de la fuente, pues tal exigencia se destila de la conjugación armónica de varias normas de procedimiento. (...)

(...)

Es notorio entonces que cuando la fuente remota es una voz anónima, el peligro que se cierne sobre la fiabilidad del método de escuchar al testigo de oídas, llega a límites intolerables, que no pueden salvarse con la simple referencia a la libertad probatoria o a los dictados de la sana crítica.

En lo que atañe al aspecto netamente formal relacionado con el principio de contradicción, es evidente que la parte contra quien se opone un testimonio de oídas, pierde la preciosa e imprescindible oportunidad de confrontar la versión original mediante el interrogatorio cruzado. Una primera reflexión a este propósito mostraría que si está plenamente identificado el testigo primigenio, la posibilidad de tacharlo oportunamente como declarante sospechoso a la luz del artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, se resentiría, como también faltaría la ocasión para acreditar los motivos de la sospecha. Pero si la posibilidad de tachar al testigo original se disminuye cuando está plenamente identificado o es identificable, tal derecho sencillamente desaparece frente al testigo anónimo del que hace eco el testigo de oídas, pues desde la penumbra pueden proyectar su influjo las propias partes o terceros interesados.

(...)

Descartada la fuerza demostrativa de los testimonios, desaparecen las hipótesis sobre la embestida, el aplastamiento y la alteración de la prueba, que como se vio apuntalan la sentencia.

(Subrayas y negrilla fuera del texto original).

Resulta bien interesante lo que hace la Corte en esta providencia: reafirma el valor accesorio del testimonio de oídas, toda vez que lo confina a estar en una posición en la que sólo se le concederá valor probatorio si sirve para controlar una testificación directa (no de referencia). Pero quizá lo más interesante de esta providencia no sea la reiteración de una subregla ya conocida; si lo es, por el contrario, el fundamento que le reconoce a la misma. En forma análoga a lo que acontece en tratándose de *la hearsay rule* en el *common law*³⁸, se desprende de autonomía y confianza probatoria a la prueba de referencia por no permitir una debida contradicción de la prueba. Así, el testigo de referencia tiene una eficacia que no trasciende de la instrumentalidad en relación con otras pruebas: es idónea, pero no basta por sí misma para dar por verificado un hecho del litigio.

Esta sentencia termina con la casación del fallo impugnado.

I. Diagramación y conclusiones.

Es posible intentar diagramar las tendencias jurisprudenciales acabadas de analizar, teniendo como derrotero las respuestas a la cuestión planteada al inicio de este epígrafe:

³⁸ TARUFFO, Michele. La prueba. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 43 - 44: "La razón de ser básica de la *hearsay rule* es evitar el peligro de que los jurados cometan errores al valorar la fiabilidad de la declaración hecha por una persona que no ha tenido contacto directo alguno con el autor de las declaraciones referenciadas y sin haber oído al autor de éstas durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio.

El testimonio de oídas es un medio de prueba idóneo y suficiente para la determinación de la verdad de los hechos aseverados por las partes en un proceso civil.	El testimonio de oídas es un medio de prueba idóneo pero no suficiente para la determinación de la verdad de los hechos aseverados por las partes en un proceso civil.	El testimonio de oídas no es un medio de prueba idóneo y suficiente para la determinación de la verdad de los hechos aseverados por las partes en un proceso civil. Exp. 5943 18/04/2001 Exp. 6742 3/12/2001 Exp. 5989 7/2/2002 Exp. 7082 22/4/2002 Exp. 6919 21/05/2002 Exp. 6943 1/9/2003
	Exp. 6936 9/7/2002	
	Exp. 0143 23/6/2005	

Ahora puede proponerse una serie de conclusiones: de la lectura de las providencias reseñadas, se nota una fuerte tendencia a desconocerle fuerza probatoria al testimonio de oídas, advirtiéndose, eso sí, que las oscilaciones jurisprudenciales se presentan con ocasión del *testes ex auditu alieno*, es decir, el testigo que narra aquello que le ha sido informado por un tercero ajeno a las partes del proceso, pues en lo que respecta al testigo que narra lo que una de las partes del proceso le ha dicho —*testes ex auditu partis*— la Corte es clara en negarle cualquier capacidad probatoria.

Resulta, empero, curioso que haya cierta distancia entre las intenciones del legislador probatorio civil en relación con este punto y las manifestadas por la Corte Suprema a partir del año 2000. Puede que la intención del legislador fue la de reconocer la eficacia de la prueba por referencia al estatuir su admisibilidad en el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil (pues, de opinar lo contrario, no se entendería porque reconoció su admisibilidad con una fórmula abierta, que no parece tener excepciones). Sin embargo, la judicatura ha ido en contravía de esta intención inicial,

limitando al máximo (e, incluso, anulando) cualquier fuerza probatoria que pudiera predicarse de este medio probatorio.

Lo anterior no se debe a una actitud ventajosa por parte de los jueces en relación con el producto del trabajo de los agentes legislativos; puede deberse, más bien, a la necesidad de adecuar los enunciados normativos estipulados por el legislador que siempre trae consigo la consideración del caso particular. En este ejercicio de adecuabilidad, es posible que sea pertinente desviarse de los fines establecidos por el legislador, siempre y cuando —claro está— tal desviación esté acorde con la Constitución que, de manera positiva, ha de establecer los fines constitucionalmente permitidos, necesarios y prohibidos.

5.4.10. El dictamen pericial.

Es posible que para la decisión del litigio sea necesario conocimiento que a priori el ordenamiento jurídico no espera que posean los jueces. En efecto: puede suceder que para la correcta percepción e interpretación de los hechos del proceso, concretados en las aseveraciones de las partes, y de las fuentes de prueba comunicadas a través de los medios probatorios, sea indispensable una clase de discernimiento especial, de prudencia, de entendimiento que sólo lo da la experiencia en áreas específicas del conocimiento humano. Y es que el juez es un experto en derecho —debe ser un experto en éste, pues tal experticia justifica su posición de juez en el mundo del derecho— pero sólo en derecho; los ordenamientos jurídicos no suelen exigir conocimientos allende a lo jurídico para habilitar a alguien como juez.

Para tales eventos es que existe la llamada prueba pericial, peritación, dictamen pericial, experticia, consulta técnica y demás nombres similares. La atención se traslada del juez, perito en derecho, hacia un tercero, perito en un saber específico, necesario para arribar a una decisión correcta en relación con los hechos del litigio y con la manera de componerlo. Por tanto, la función de un perito es *integrar* la preparación técnica del juez que por esencia es deficiente, pues no es razonable esperar que el juez además de conocer todo el derecho, conozca de todo lo demás.

Las siguientes palabras de Liebman son aclarativas de lo antedicho:

A la función de la consulta técnica se ha hecho referencia varias veces; la misma tiene la finalidad de integrar los conocimientos del juez en los casos en los que para percibir o para valorar una prueba son necesarios conocimientos técnicos de los cuales el juez no está previsto. Cuando en un proceso se presentan problemas de tal naturaleza, el consultor técnico es llamado a asistir al juez en su actividad con dictámenes o relaciones no vinculantes.

La cualidad y la cantidad de la contribución que deberá ofrecerse por el consultor técnico puede variar muchísimo, según las circunstancias y el grado de especialización que presente la materia de cada caso concreto: podrá consistir, simplemente, en la ilustración de las reglas técnicas, científicas o de experiencia que son necesarias al juez para poder apreciar personalmente los datos que la instrucción probatoria, pero podrá también llegar hasta cumplir directamente la valoración razonada de aquellos datos o de una parte de los mismos al fin de la decisión de la controversia³⁹.

Repárese en lo más importante de las palabras del profesor italiano: la función del perito puede consistir simplemente en la indicación al juez de la manera como debe interpretarse las aseveraciones y valorarse las pruebas; pero puede ir más allá, hasta el punto en que el experto subroga al juez en su actividad valorativa. En suma, es posible que el perito enjuicie el litigio, proponiendo el modo de su composición, lo que lo convierte en un protagonista del proceso que realiza una función muy similar a la del juez, diferenciándose la de éste básicamente en lo siguiente: el juez enjuicia el litigio bajo parámetros jurídicos y no propone, *ordena* la forma como ha de componerse la litis.

La instauración del dictamen pericial en el ordenamiento probatorio colombiano está en sintonía con la sucinta descripción que se ha hecho de la peritación desde un punto de vista conceptual. En Colombia, tal y como lo dice el artículo 233 C.P.C., la peritación será procedente en caso de que la verificación de los hechos involucre “especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”, para lo cual el juez, oficiosamente o a solicitud de parte, podrá nombrar la persona más idónea para que concurra al proceso en calidad de experto. Además puede decirse anticipadamente que, en líneas generales, la forma como ha sido dispuesto por el legislador este medio probatorio ayuda (favorece, resulta idónea) para la determinación de la verdad de las aserciones de las partes.

³⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980, p. 300.

Considérese en primer lugar el régimen de impedimentos y recusaciones instaurado en los artículos 235 y 236 del Código de Procedimiento Civil. Con el objetivo de garantizar la imparcialidad del perito (condición que, en el entendido del legislador, es condición necesaria para el recto desempeño de su labor), se ha sometido al experto a las mismas causales por la cuales un juez está impedido y es recusable. Estas causales se encuentran consagradas en el artículo 150 C.P.C., cuyo tenor es el siguiente:

Son causales de recusación las siguientes:

1. Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, interés directo o indirecto en el proceso.
2. Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente.
3. Ser el juez, cónyuge o pariente de alguna de las partes o de su representante o apoderado, dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
4. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados, guardador de cualquiera de las partes.
5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios.
6. Existir pleito pendiente entre el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral 3., y cualquiera de las partes, su representante o apoderado.
7. Haber formulado alguna de las partes, su representante o apoderado, denuncia penal contra el juez, su cónyuge, o pariente en primer grado de consanguinidad, antes de iniciarse el proceso, o después, siempre que la denuncia se refiera a hechos ajenos al proceso o a la ejecución de la sentencia, y que el denunciado se halle vinculado a la investigación penal.
8. Haber formulado el juez, su cónyuge o pariente en primer grado de consanguinidad, denuncia penal contra una de las partes o su representante o apoderado, o estar aquéllos legitimados para intervenir como parte civil en el respectivo proceso penal.
9. Existir enemistad grave por hechos ajenos al proceso, o a la ejecución de la sentencia, o amistad íntima entre el juez y alguna de las partes, su representante o apoderado.

10. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil, acreedor o deudor de alguna de las partes, su representante o apoderado, salvo cuando se trate de persona de derecho público, establecimiento de crédito o sociedad anónima.

11. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral anterior, socio de alguna de las partes o su representante o apoderado en sociedad de personas.

12. Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en éste como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo.

13. Ser el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral 1, heredado o legatario de alguna de las partes, antes de la iniciación del proceso.

14. Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o primero civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar.

Todas estas causales giran en torno a un común denominador: el rechazo a que el juez tenga *interés* respecto de cualquiera de los componentes del litigio. Este mismo rechazo ha inspirado la institución de la peritación en el marco del Derecho Probatorio colombiano, que espera que el perito permanezca ajeno —*desinteresado*— respecto de las posiciones e intereses de las partes del proceso.

Es en éste punto donde el sistema probatorio colombiano y en general todo sistema de derecho heredero de la cultura jurídica continental se diferencia de los ordenamientos del *common law*. Como bien lo anota Taruffo⁴⁰, mientras en los sistemas continentales el perito es un ayudante del juez, en los órdenes normativos de raigambre angloamericana el experto se confunde con un testigo técnico, quien es elegido, preparado para el juicio y pagado por la parte interesada. En relación con el problema de la verdad, esta diferencia se perfila en términos bien interesantes, pues queda por definir cuál de las dos maneras de ver la función del perito se adecua a la pretensión de determinar la verdad de los hechos. A este respecto, debe anotarse que en los sistemas del *common law* el experto se encuentra vinculado a las necesidades probatorias de la parte que lo ha contratado, lo que no sólo implica una esencial pérdida de imparcialidad

⁴⁰ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Obra citada, pp. 90 – 97.

por parte del perito (de quien no se espera neutralidad sino apoyo a las partes a quienes asisten), sino también una comprensible tendencia a decir lo que *el cliente —la parte— quiere*, pues su misión no es otra que reforzar, con argumentos técnicos, las reclamaciones que a la jurisdicción hacen las partes. En cambio en los modelos del *civil law*, donde el perito es escogido por el juez y por tanto no tiene ningún vínculo (y sobre todo ningún deber) con las partes, se genera un ambiente propicio para que el perito manifieste su opinión sin presiones de ninguna clase, tendiéndose hacia la verdad de los hechos y no hacia las conveniencias de las partes.

Claro que es posible que en un sistema de peritación imparcial, la búsqueda de la verdad llegue a desviarse porque, por uno u otro motivo, el perito cobre interés en el litigio, parcializando su criterio. Pero de suceder esto, se estaría en frente de una irregularidad, una patología del sistema. Distinta es la situación en el *common law*: allí se espera que el experto coadyuve técnicamente la posición de una de las partes, lo que implica que un criterio pericial parcializado es algo normal, regular, ordinario.

Por tanto, se considera que un modelo de pericia basado en la imparcialidad del perito propende hacia el establecimiento de la verdad. Por eso causa tanta extraña el siguiente enunciado contenido en el artículo 116 de la ley 1395 de 2010:

Experticios aportados por las partes. La parte que pretenda valerse de un experticio podrá aportarlo en cualquiera de las oportunidades para pedir pruebas. El experticio deberá aportarse acompañado de los documentos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito y con la información que facilite su localización.

Además de usarse una expresión incorrecta (“experticio”), el legislador colombiano, a través de una ley que sin pertenecer al Código de Procedimiento Civil interviene sobre ella en este y muchos aspectos más, consagra la figura del perito parcial, común en el derecho angloamericano pero extraña a los principios inspirativos del ordenamiento probatorio nacional. Que quede claro el comentario: no se objeta la idoneidad de esta estrategia para alcanzar diversos fines y, en especial, para facilitarle a las partes la búsqueda de su victoria. Pero en relación con el objetivo institucional de la verdad, esta medida resulta perjudicial.

Se advierte, sin embargo, que no pareciera que a la luz del principio de proporcionalidad, el *perito parcial* comporte una lesión desproporcionada

al valor de la verdad. Esto es así principalmente porque, si bien las partes pueden llegar con sus propios peritos, el juez no ha perdido la facultad de decretar oficiosamente la práctica de una peritación se así lo considera conveniente. Además, el dictamen pericial no deja de ser una opinión no vinculante de un tercero, que puede cumplir tanto funciones de consejo como de exhortación en relación con el sentido que debe tener una resolución judicial, pero que bajo ningún entendido obliga al juez.

Por otro lado, resulta bien notable la disposición contenida en el artículo 242 C.P.C., en virtud de la cual las partes se encuentran obligadas a colaborar con los peritos, so pena de incurrir en sanción moratoria. De esta manera, el ordenamiento probatorio intenta evitar que por cuenta de la iniciativa de las partes, el perito vea difícil o imposible la ejecución de su labor. Se nota así el empeño del legislador por hacer de este medio probatorio un recurso eficaz para la prueba de los hechos y la decisión correcta de los litigios.

No obstante, en el artículo 242 C.P.C. se contempla que en caso de verificarse respecto de una de las partes conductas entorpecedoras de la peritación (como sería la no facilitación de documentos solicitados por el experto), las mismas se tendrán como indicio grave contra la parte en cuestión. Sin perjuicio de la exposición especial que más adelante se dedica para el indicio, cabe decir en esta sede que disposiciones de este tipo, que buscan direccionar de una manera determinada el razonamiento probatorio judicial, poca ayuda suponen para la verdad. Expresa y implícitamente se ha manifestado en este trabajo lo inconveniente que resulta para la verdad perseguida en el proceso, sanciones a las partes o a los terceros que impliquen *fingimientos de prueba*, pues si bien es posible que la finalidad de estimular comportamientos específicos en cabeza de participantes del proceso se logre la más de las veces, el resultado final del proceso, en lo que trata con la verificación de los hechos, va estar desproporcionalmente afectada.

En lo que respecta a la contradicción del dictamen, debe decirse que el régimen establecido en el artículo 238 C.P.C., consagra una metodología de discusión de los dictámenes que si bien puede resultar desfavorable para diversos valores, como es verbigracia el de la celeridad de los procesos, pues supone el despliegue de procedimientos que pueden tomar mucho tiempo, lo cierto es que favorece la búsqueda procesal de la verdad. Como se dijo al hablar de las garantías de ésta en el epígrafe 5.2.2., la

obtención de la verdad por medio de los procedimientos jurídicos (rudimentarios si se comparan con metodologías científicas que también persiguen la verificación de enunciado) depende en gran medida del principio de contradictorio, en virtud del cual las partes no sólo tienen derecho a proponer hipótesis relativas a los hechos del litigio, sino que también deben tener la posibilidad de controvertir las hipótesis que frente a los mismos han presentado las partes contraria y demás partícipes del proceso, incluyéndose así al juez y al perito.

Empero, por cuenta de la ya mencionada ley 1395 de 2010, ha llegado una disposición que pone en estado de amenaza este régimen de contradicción. El artículo 25 de la ley en comento dice lo siguiente:

(...)

En la audiencia se aplicarán las siguientes reglas:

1. El juez intentará la conciliación, hará el saneamiento del proceso, fijará los hechos del litigio, practicará los interrogatorios de parte en la forma establecida en el artículo 101, y dará aplicación al artículo 25 de la Ley 1285 de 2009.

2. A continuación decretará las demás pruebas y las practicará de la siguiente manera:

a) Oirá el dictamen del perito designado y lo interrogará bajo juramento acerca de su idoneidad y de los fundamentos de su dictamen. De la misma manera podrán las partes controvertirlo. Si el perito no concurre, el juez designará inmediatamente su reemplazo para que rinda dictamen en la fecha de la continuación de la audiencia.

En ningún caso habrá lugar a objeción del dictamen.

(...)

Esta disposición altera sustancialmente el contenido del régimen de contradicción en comento, pues elimina la posibilidad de realizar un acto que por excelencia implica la discusión del dictamen: la objeción por error grave: esto es, la impugnación del dictamen por haber cometido presuntamente el perito un error que ha determinado equivocadamente el sentido de su informe. Lo que dice la ley 1395 es que ya no existe la posibilidad de objetar el dictamen, esto es, de servirse de todo el trámite incidental que aún sigue consagrando el Código de Procedimiento Civil, el cual, descrito sucintamente, consiste en el sometimiento del dictamen a una evaluación por parte del juez, sirviéndose para tal efecto de otro dictamen o de cualquier otro medio probatorio.

En la sentencia C-124 de 2011, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad de la norma que se desprende de este enunciado. Algunas de las palabras del Tribunal Constitucional son las siguientes:

La instauración de la oralidad tiene efectos directos y definitivos en lo que respecta a la intermediación y contradicción de la prueba y, en especial para el caso que nos ocupa, del dictamen pericial. Adviértase cómo, el legislador de 2010 prevé que tanto las partes como el perito, en el ámbito propio de la audiencia, puedan controvertir al perito y al contenido del dictamen. En ese orden de ideas, la Corte considera que la norma acusada acoge reformas presentes en el derecho comparado, que tienden a reemplazar la valoración del dictamen a través de la confrontación del documento por las partes y juez, a la contradicción del dictamen en la misma audiencia. Esta es precisamente la reforma contenida en el artículo 347 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, la cual regula, de manera detallada, la concurrencia del perito a la audiencia, con el fin de permitir la contradicción de la prueba.

(...) observa la Corte que existe una común y fundada opinión acerca de la aptitud de la audiencia para convertirse en el escenario idóneo de contradicción de las pruebas, entre ellas el dictamen pericial. Esto en contraposición con fórmulas de procedimiento civil escrito, que dificultan el logro de la intermediación, la concentración y la publicidad del trámite. La Ley 1395/10 pretende, en ese orden de ideas, privilegiar el modelo de la oralidad como método para garantizar los derechos fundamentales de las partes.

Como se observa, la Corte Constitucional considera que la audiencia en la que se espera que se desarrolle el proceso, sirva para contradecir efectivamente todo medio de prueba, incluyéndose los dictámenes periciales.

De todo lo anterior se concluye que bajo el amparo de la ley 1395 de 2010, la objeción por error grave consagrada en el C.P.C. no tiene cabida, debiéndose discutir el dictamen en la misma audiencia en la que es puesto en conocimiento de las partes. Es cierto que es posible controvertir un informe de un experto momentos después de conocerlo, pero hasta un profano puede intuir que es un acto muy difícil. Deberán los abogados de las partes, expertos en derecho, acudir a las audiencias preparados para debatir la opinión de un experto en materias distintas al derecho, lo que puede significar, con miras a una efectiva contradicción de las peritaciones, el uso de recursos no accesibles para todos (consultores privados que acompañen al apoderado y a su representado en la audiencia, nuevas tecnologías que faciliten la consulta inmediata de temáticas metajurídicas, etcétera). En opinión de quien escribe, la búsqueda de la verdad se verá

fuertemente afectada mientras este nuevo escenario se acentúa en el imaginario de los abogados y en la factualidad forense de día a día, pues se duda que los dictámenes sean debidamente controvertidos, poniéndose en riesgo el *principio del contradictorio*.

5.4.11 La inspección judicial.

Dice el inciso primero del artículo 244 C.P.C.:

Para la verificación o el esclarecimiento de hechos materia del proceso podrá ordenarse, de oficio o a petición de parte, el examen judicial de personas, lugares, cosas o documentos.

Esta primera aproximación que hace la ley a la figura de la inspección judicial debe complementarse un poco. La verdad es que el juez, haciendo uso de sus cinco sentidos, percibe los acontecimientos del proceso y las conductas desplegadas por sus participantes. Entre las funciones del juez está la de *inspeccionar*, esto es, percibir lo que ocurre en su proceso. Sin embargo, a esta clase de percepción no se refiere la ley cuando consagra la inspección judicial.

Si se atiende con detenimiento a las normas que se desprenden de los artículos 244 al 247 del Código de Procedimiento Civil, se advertirá que la expresión *inspección judicial* alude a una serie de actos de percepción realizados por el juez de manera especial sobre un ente (cosa, persona, lugar, etcétera) determinado, dejando constancia de sus impresiones por escrito en un acta. Es una forma de percepción que se diferencia de los demás actos perceptivos que realiza el juez durante todo el proceso, porque parte de una individualización previa del objeto a percibir y porque finaliza con un escrito en el que se deja constancia de todas las impresiones dejadas por las percepciones.

El objeto de la percepción puede ser un ente que sea transportado al despacho judicial, pero lo más común es el evento contrario: el juez se traslada al sitio donde se encuentra el ente. Sin ser una característica *esencial*, si puede decirse que el desplazamiento del juez es una nota habitual de este medio probatorio.

Identificada en términos generales la inspección judicial, se pasará a considerar algunas de sus disposiciones. Nótese en primer lugar el inciso 3º del artículo 244, según el cual:

El juez podrá negarse a decretar la inspección si considera que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos, o que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existen en el proceso; así mismo podrá aplazar la decisión sobre tal prueba hasta cuando se hayan practicado las demás que versen sobre los mismos hechos, y en este caso, si el término probatorio está vencido, la practicará durante el indicado en el artículo 180. Contra estas decisiones del juez no habrá recurso alguno.

El punto interesante radica en la posibilidad de aplazar el decreto de la inspección, reconocida al juez sólo para efectos de este medio de prueba. Se evita así la práctica innecesaria de una prueba, pues podrá ser practicada sólo si, una vez considerados los méritos de las demás pruebas, el juez considerad imprescindible la inspección.

Pero más importante respecto del problema de la verdad, resulta la posibilidad que tiene el juez de decretar, de oficio o a petición de parte, las pruebas que considere relevantes en relación con el objeto de la inspección. Esta facultad, consagrada en varias oportunidades en el artículo 246 C.P.C., permite al juez tener una idea más amplia de los objetos percibidos, pues no sólo tendrá que limitarse a lo que sus propios sentidos le indican, sino que también podrá consultar otras fuentes (partes, testigos, peritos, documentos), aumentándose así el objeto de la percepción y de la valoración.

De conformidad también con el artículo 246 C.P.C., las partes tienen el deber de colaborar con el juez en la inspección judicial, pudiendo ser sancionadas en caso de que impidan u obstaculicen su práctica. El enunciado es el siguiente:

Si alguna de las partes impide u obstaculiza la práctica de la inspección, el juez dejará testimonio de ello en el acta y le impondrá multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales, y apreciará tal conducta como indicio en contra de aquélla.

Una vez más el legislador probatorio colombiano, en su afán de garantizar la práctica correcta de un medio de prueba, establece una sanción con fuertes tonos contra-epistémicos, lo que se ha rechazado siempre en este trabajo, pues es una medida muy fuerte en relación con la pretensión de

alcanzar procesalmente la verdad, en relación con el fin perseguido, que no es otro que permitir la práctica de la prueba. Basta, a este respecto, la multa dineraria establecida en la misma disposición.

Salvo en lo que respecta a este último punto, la inspección judicial es un medio que se juzga idóneo para el establecimiento de la verdad dentro del proceso, pues permite que el juez recoja por sí mismo los elementos de juicio necesarios para llegar a una decisión correcta sobre los hechos del litigio.

5.4.12. El documento.

En los medios de prueba analizados hasta el momento hay por lo menos un común denominador: son las personas las que fungen de medio transmisor de fuentes de prueba. Por ese motivo es posible en encasillarlos a todos en una sólo categoría: *medios de prueba personales*. Pero es posible que no sean los *hombres* sino las *cosas* (entes que no son hombres) las que emitan los elementos de juicio. En este caso se está en frente de los medios de prueba reales.

En Colombia, el paradigma de medio de prueba real es el documento. Si se atiende al artículo 251 C.P.C., se concluye con facilidad que el legislador probatorio civil ha concebido un amplísimo espectro para el documento, dentro del cual caben por igual escritos, cuadros, fotografías, discos, grabaciones, etiquetas, sellos, radiografías, en fin: cualquier cosa mueble que tenga un rol representativo.

Carnelutti explica muy bien en qué consiste este carácter representativo:

Puede ocurrir que el hombre o la cosa, aun no siendo el mismo hecho que se ha de probar, sin embargo *lo representen*; quiere esto decir que el hombre actúe o la cosa esté hecha de modo que excite, a través de los sentidos de otra persona, la idea correspondiente al hecho mismo. El mecanismo de la representación se funda en un principio, que se podría llamar de la *equivalencia perceptiva*, en virtud de la cual fuentes diversas de sensaciones sirven para estimular la misma idea; cuando un hecho tiene en sí esta propiedad de poder despertar la idea de otro hecho, decimos que lo representa (lo convierte en presente)⁴¹.

⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Obra citada, pp. 405 – 406.

A lo que añade el maestro italiano:

Documento, en un sentido etimológico, es una cosa que *docet*, esto es, que lleva en sí la virtud de hacer conocer; esta virtud se debe a su contenido representativo: por eso, documento es una cosa que sirve para representar a otra- por otra parte, siendo la representación siempre obra del hombre, el documento, más que una cosa, es un opus (resultado de un trabajo)⁴².

Que el documento represente con mayor o menor fidelidad el hecho a representar, es la medida de la veracidad de un documento. Un *documento verdadero* es un documento que representa correctamente un hecho; un *documento falso* es un documento que no representa fielmente a un hecho. En relación con este punto existe una distinción ulterior, cuya asimilación es necesaria para analizar correctamente la figura del documento: la que existe entre falsedad material y falsedad ideológica.

Devis Echandía hace el siguiente comentario al respecto:

No pretendemos hacer un estudio detenido sobre la naturaleza de la falsedad documental, tema éste que ha sido objeto de extensos estudios.

Nos limitaremos a recordar que la falsedad documental se divide en *material* e *ideológica* o *intelectual*. La primera consiste en alterar la materialidad del documento (adulteraciones, adiciones, borraduras) o en suplantar la firma de su autor; la segunda, en faltar a la verdad en las declaraciones contenidas en el instrumento⁴³.

Escueta pero entendible es la posición de Alsina:

La falsedad de un instrumento puede ser material o intelectual. En el primer caso, ella se refiere al elemento externo del acto, ya porque el instrumento es totalmente falso, ya porque se le hubiese adulterado; en el segundo, no obstante la forma regular del instrumento, sus enunciaciones no son sinceras⁴⁴.

De lo anterior puede decirse que la falsedad material es un vicio predicable del *documento como continente*, mientras que la falsedad ideológica afecta al *contenido del documento*, esto es, a la información incluida y representada por éste. Sin embargo, nótese que en las transcripciones

⁴² Ibídem, p. 414.

⁴³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo Segundo. Obra citada, pp. 552 – 553.

⁴⁴ ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo II. Obra citada, p. 331.

anteriores, al referirse a la falsedad ideológica, se hacen mención a declaraciones mentirosas encerradas en el documento. Esto obliga a considerar una distinción más relativa al contenido del documento: documento meramente representativo, documento declarativo y documento constitutivo o dispositivo; clasificación de los documentos concebida en el ordenamiento probatorio de manera implícita, para manifestada en el artículo 277 C.P.C., cuyo texto es el siguiente:

Documentos emanados de terceros. Salvo disposición en contrario los documentos privados de terceros sólo se estimarán por el juez.

1. Si siendo de naturaleza dispositiva o simplemente representativa son auténticos de conformidad con el artículo 252.

2. Los documentos privados de contenido declarativo, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite ratificación.

Un documento meramente representativo es aquel que representa un hecho distinto al pensamiento humano, o mejor: representa un hecho sin que medie el pensamiento humano. Al respecto dice Carnelutti:

(...) hoy día existe la posibilidad, mediante la fotografía, la cinematografía y la fonografía, de fijar los hechos en un objeto exterior sin necesidad de que éstos pasen a través de la psique humana; esos expedientes técnicos han sustituido, permítaseme la metáfora, como medio de fijación de los hechos, la percepción del hombre por la percepción de las cosas (...) Vemos hoy lo que no se veía ayer: que la manifestación del pensamiento no es el único medio para la representación de los hechos o, en otros términos, que un objeto puede representar un hecho incluso sin darse tal manifestación⁴⁵.

En cambio, un documento declarativo ya implica la representación de un hecho humano, el cual incluso trasciende el simple pensamiento: la declaración. Retómense una vez más las útiles palabras del maestro procesalista italiano, quien dice lo siguiente:

La categoría de los hechos representados consistentes en declaraciones del hombre es, sin duda, mínima en comparación con el conjunto de hechos documentables; pero constituye el núcleo más importante de éstos si se tiene en cuenta la frecuencia de su documentación. Tan frecuente resulta, que se justifica el empleo autonomástico de la palabra *documento* para indicar la representación objetiva de las declaraciones humanas del mismo (documento en sentido estricto), así como se

⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. obra citada, p. 159.

explica que la noción jurídica del documento se haya formado casi exclusivamente en este campo.

Según la naturaleza de la declaración representada, se acostumbra diferenciar, especialmente por la doctrina alemana, los documentos (en sentido estricto) en dispositivos (*Dispositivurkunden*) y testimoniales (*Zeugnisurkunden*)⁴⁶.

Se tiene, pues, dos clases de documentos representativos de declaraciones: los que representan declaraciones de ciencia (testimoniales), en virtud de las cuales se describe un hecho, y los representativos de declaraciones de voluntad (dispositivos, constitutivos), por medio de la cual se forjan relaciones jurídicas.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta la siguiente distinción: documento público y documento privado. Los dos últimos incisos del artículo 251 C.P.C. aclaran el sentido de esta distinción:

Documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público.

Considerando los elementos conceptuales anteriores, pásese a analizar los aspectos de la disciplina legal del documento, que directamente afectan el problema de la verdad en el proceso jurisdiccional. El primero de ellos se conoce con la rúbrica de la *autenticidad del documento*

Bastante claro es el legislador probatorio cuando en el inciso 1º del artículo 252 C.P.C., indica que:

Es autentico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado.

Para entender este enunciado y general el fenómeno de la autenticidad, repárese en lo siguiente: es posible que el documento represente el acto mismo de su formación. Pero como bien lo anota Carnelutti, un acto de formación de un documento, que es un acto humano, sólo puede ser

⁴⁶ Ibídem, p. 178.

representado por la indicación de su autor. Las palabras exactas de Cernelutti son las siguientes:

Un acto humano no puede ser representado más que cuando se indique su autor; precisamente porque se trata de una entidad concreta que, en substancia, se reduce al *hombre que obra*. Por tanto, representar el hecho de un hombre quiere decir representar un *hombre que hace*. Si quiero representar una declaración de Ticio (Ticio declara comprar el caballo de Cayo), debo necesariamente decir o escribir que Ticio es el autor de la declaración⁴⁷.

Aclárese que esta necesidad sólo se da respecto de los documentos declarativos y constitutivos, en los que se representa el acto mismo de formación del documento. No así en los documentos meramente representativos, en los que se representa un *hecho bruto* (sin pasar por el filtro del pensamiento humano, aún cuando sea un hecho humano el que se representa.

En los casos en los que es necesario señalar el autor de un documento, se dispone de la figura de la *suscripción*, que no es más que la indicación del autor del documento. El medio más común para manifestar la persona del autor es la *firma*, que es la inscripción del documento por parte de su autor con un signo (no necesariamente autógrafo) que lo identifique. Pero no se pierda de vista lo importante: la firma hace parte del continente, esto es: del documento, no del contenido del mismo. Cuando dicha manifestación no aparece, el documento puede denominarse *anónimo*; cuando por el contrario sí aparece, el documento puede llamarse *nominal*.

Ahora bien: la nominalidad, esto es, la indicación en el documento de la persona autora del documento, no quiere decir, sin más, que este hecho sea verdadero. Sólo cuando existe certeza de la coincidencia entre el autor aparente del documento, quien lo ha suscrito, y su autor real, puede decirse que la nominalidad es verdadera. Pues bien: la autenticidad, tal y como lo indica el artículo 252 C.P.C., es el nombre que recibe esta clase de certeza.

En el orden probatorio colombiano, de conformidad con el artículo 252 CPC, los documentos públicos nominales se presumen auténticos, esto es, basta que sean suscritos para que el documento se reputa obra del autor que aparece consignado. La verdad es que nada se presume: declarado

⁴⁷ Ibídem, p. 167.

auténtico un documento, el mismo hace prueba documental de la identidad de su autor; así como un documento no auténtico, no es prueba documental del hecho de su formación por parte de una determinada persona⁴⁸. Lo que ha prescrito el legislador para el caso de los documentos públicos es que una vez formados y debidamente suscritos, los mismos son prueba suficiente de su autor.

El análisis es un poco más complejo en relación con los documentos privados: el artículo 252 C.P.C. establece cinco supuestos en los que se considera auténtico un documento privado. Pero, primero con la ley 794 de 2003 y después con la ley 1395 de 2010 —sin que ninguna de estas normas hayan derogado de manera expresa las disposiciones del artículo 252 C.P.C. relativas a la autenticidad de los documentos privados—, ha cambiado sustancialmente el régimen de autenticidad de los documentos privados, pues de los textos normativos indicados se extraen normas jurídicas que también disponen la presunción de autenticidad de los documentos privados siempre y cuando sean emanados de las partes. Léase, al respecto, el clarísimo enunciado dispuesto por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, mediante el cual se incorporó el siguiente inciso al artículo 252 C.P.C.:

En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.

Si itera en una aclaración previa: aquí se observa un uso indebido de la expresión *presunción*, pues lo que en realidad sucede es que se reconoce pleno valor demostrativo al documento de su autor.

En lo que respecta a los documentos privados allegados al proceso emanados de terceros, esto es: de personas distintas a las partes del proceso, las disposiciones del Código de Procedimiento Civil son del siguiente tenor: el documento será prueba de su autor salvo que la parte contra quien se presenten solicite su ratificación. Así lo dice el artículo 277 C.P.C., citado con anterioridad, pero que se vuelve a traer a colación esta vez para estudiarlo pormenorizadamente:

⁴⁸ Ibídem, pp. 171 y ss.

Documentos emanados de terceros. Salvo disposición en contrario los documentos privados de terceros sólo se estimarán por el juez.

1. Si siendo de naturaleza dispositiva o simplemente representativa son auténticos de conformidad con el artículo 252.
2. Los documentos privados de contenido declarativo, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite ratificación.

Esta diligencia no tiene regulación expresa en el ordenamiento probatorio, aunque autores como Hernán Fabio López Blanco⁴⁹ indican que para la misma deberán aplicarse, por analogía, las disposiciones contenidas en los artículos 229 y 289 del Código de Procedimiento Civil, lo que significa que para la ratificación deberá citarse al presunto autor del documento en calidad de testigo y en las oportunidades que existen para formular la tacha de falsedad del documento. Este autor señala la siguiente cuestión:

Surge una interesante duda y es en quien (sic) gravita la carga de lograr la ratificación, si en la parte que presentó el documento o en la otra que pidió la ratificación.

Si se tiene en cuenta que basta que se exprese la voluntad de que se ordene la ratificación para que de esta manera lo que se presumía auténtico deje de serlo, surge como consecuencia que, sin perjuicio de las facultades oficiosas del juez, es del interés de la parte que aportó el documento prestar su colaboración para lograr la ratificación, pues si así no sucede el documento no podrá ser apreciado en lo que contenga y es de suponer que si se presentó era porque algún efecto benéfico conllevaba⁵⁰.

Junto con esta diligencia de ratificación, existe la diligencia de reconocimiento., regulada en los artículos 272, 273, 274, 275 y 276 del C.P.C., se traduce en la posibilidad que tiene la parte que aporta un documento, de llamar al presunto autor del mismo para constatar la autenticidad de éste. De allí su nombre: “reconocimiento”, pues es el autor quien reconoce, quien se muestra de acuerdo respecto de su autoría del documento. Para este reconocimiento se decreta la práctica de una audiencia y se cita al supuesto autor: si éste no asiste, se dará por reconocido. Sin embargo, lo que el derecho de las pruebas civiles colombianas llama “la presunción de autenticidad”, relativa tanto a

⁴⁹ LÓPEZ BLANCO, Hernán. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*. Tomo III. Obra citada, pp. 297 y ss.

⁵⁰ *Ibíd*em, p. 298.

documentos públicos como privados, hace inútil esa diligencia. Con todo, téngase en cuenta que si bien la ratificación y el reconocimiento son figuras muy similares entre sí, deben distinguirse plenamente, pues frente al reconocimiento la carga es del citado, mientras que en la ratificación la carga es del sujeto que aporta los documentos emanados de terceros.

En lo que respecta a la autenticidad de las copias (esto es: de los documentos que representan otros documentos), la legislación probatoria también es un poco compleja. Por un lado, el artículo 254 C.P.C. establece unos supuestos en los cuales se les reconoce autenticidad a las copias; pero por medio de la ley 1395 de 2010, tal y como ya se indicó, se les recubrió de la *presunción de autenticidad* a las copias de documentos emanados de las partes y aportadas por ellas al proceso. Por tanto, debe concluirse que para todos los documentos, salvo los privados y emanados de las partes, se aplicarán las disposiciones del artículo 254 C.P.C.

Finalmente en lo que respecta con su autenticidad, la regulación del documento regula la llamada *tacha de falsedad*, procedimiento por medio del cual se discute la falsedad del documento. La tachá se encuentra regulada en los artículos 289, 290, 291 y 292 C.P.C., siendo una descripción muy sucinta de su trámite la siguiente: se propone por escrito en la demanda y en la contestación, cinco días después del auto que incorpore el documento al proceso o al día siguiente si el documento fue aportado en audiencia, solicitándose las pruebas a las que haya lugar para probar la falta de autenticidad del documento. De la tachá se correrá traslado a las demás partes por el término de tres días para que se pronuncien al respecto y pidan las pruebas necesarias. Se practicarán las pruebas pedidas y, necesariamente, un cotejo pericial, pronunciando el juez su decisión dentro de la providencia que ponga fin al proceso dentro del cual se practicó la tachá. Si considera probada la tachá, el juez anotará tal situación al margen del documento e informará de la misma a las autoridades competentes (fiscalía, el titular de la entidad pública si el documento es público, etcétera). El artículo 291 C.P.C. dispone las consecuencias que se derivan de la tachá de falsedad: si el impugnante vence, se condenará a la parte que lo aportó a pagar el 20% del monto de las obligaciones contenidas en el documento (si es el caso) o una multa de 10 a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes en caso de que el documento no contenga ninguna suma. Estos dineros se pagarán a favor de la parte vencedora. Si el impugnante del documento pierde, deberá pagar a la parte que aportó el documento las sumas mencionadas.

Este trámite está destinado a discutir la falsedad material del documento, no su falsedad ideológica. Nótese el siguiente comentario de Devis Echandía:

Varios procedimientos se aceptan para la prueba de la falsedad material: a) la utilización de los términos ordinarios para pedir y practicar pruebas, dentro del proceso al cual se aportó el documento; b) el trámite de un incidente, dentro del mismo proceso, como resultado de la tacha de falsedad que se formule y con ese fin específico; c) el trámite de un proceso penal separado (...)

(...) Diferente es el caso de la *falsedad ideológica* o *intelectual*, es decir, la mendacidad o simulación del contenido del documento: la primera, cuando es una declaración de ciencia que no corresponde a la verdad; la segunda, cuando es una declaración de voluntad o dispositiva que no corresponde a la realidad. Esta falsedad no es objeto de incidente especial, ni de tacha de falsedad, porque en ese caso se trata de probar contra lo dicho en el documento y se deben aprovechar los trámites ordinarios del proceso.

De lo dicho hasta el momento se colige un complejo y desarticulado régimen de la autenticidad, más cercano a un sistema de tarifa legal que de la sana crítica, dentro del cual, al menos en apariencia, se encuentra insertado el orden probatorio positivo de conformidad con el artículo 187 C.P.C. Nótese que basta que el documento cumpla con una serie de *condiciones formales* para que de manera automática, con independencia de las impresiones que al respecto tenga el juez, se repunte la autenticidad del documento. No parece que se haya meditado lo suficiente al respecto: el mérito probatorio de un documento comienza por la determinación de su autor, pero en el caso colombiano, esta determinación es formal, preestablecida para todos los casos y situaciones por el legislador. Dice Cernelutti lo siguiente:

Parto de la premisa de que el documento es siempre obra del hombre; así, pues, no hay documentos naturales.

Por eso sobre el fondo del documento campea la figura del autor. Toda teoría del documento está dominada por el problema de su paternidad.

Es muy natural que así sea. El documento merece la fe que merece su autor. El documento oficial tiene una eficacia probatoria mayor que el documento privado precisamente por las garantías que presenta el documentador. El documento privado hace prueba o no de un hecho, según la posición en que respecto de él se halla el

que lo hizo. No hay un solo caso en que se utilice en juicio un documento sin que se presente la pregunta: ¿quién es su autor?⁵¹

Más claras no pueden ser las palabras para ilustrar la complicación que se describe: la valoración de un documento inicia y se encuentra determinada por la valoración que se haga de su autor; empero, la legislación colombiana se encarga de señalar al autor de un documento por encima de las valoraciones que al respecto pueda hacer el juez.

En lo que también advierte una fuerte participación legislativa, incidiéndose en el problema de la verdad en el proceso jurisdiccional, es en lo referente a la disponibilidad de la prueba documental dentro del proceso. Es clara la preocupación del legislador colombiano por garantizar que el juez cuente con toda la documentación necesaria, con miras a extraer de ellas los elementos de juicio pertinentes para decidir el litigio. Prueba de ello es la diligencia de exhibición de documentos, consagrada entre los artículos 283 a 288 C.P.C. En virtud de esta diligencia, el juez, a petición de parte, le ordena a una de las partes de un proceso o a un tercero, aportar un documento determinado. Durante el término de ejecutoria de la providencia mediante la cual se ordena la exhibición, el requerido podrá formular su oposición, manifestando las razones por las cuales se niega a exhibir el documento. En el momento de proferir sentencia, el juez estimará las razones de la oposición: si los considera válidos, habrá quedado excusada la parte de exhibir la documentación solicitada; si no los estima válidos, procederá de la siguiente manera, dependiendo si el renuente es la parte o un tercero: si es parte, dará por probados los hechos que se querían probar, siempre y cuando los mismos admitan prueba de confesión; de lo contrario, la oposición se apreciará como indicio grave en contra del opositor. Si es un tercero, se le impondrá una multa económica. Estas mismas sanciones serán aplicables a las partes o a los terceros que, sin expresar ningún a razón, incumplan la orden de exhibición de un documento.

Ninguna objeción amerita la sanción estatuida para los terceros que incumplan injustificadamente la orden de exhibición documental. Pero en relación con la sanción consagrada para las partes, la situación es bien distinta: una vez más se observa en el Derecho Probatorio un supuesto en

⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. "Estudios sobre la suscripción", en: Estudios de Derecho Procesal. Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pp. 573 - 574.

el que, a partir de amenazas de fingimiento de prueba, se pretende estimular a las partes del proceso a realizar conductas determinadas, siendo este objetivo plenamente válido a la luz de los mandatos legales y constitucionales colombianos, pero censurable el medio utilizado en relación con la pretensión de alcanzar la verdad. El texto exacto que se discute es el siguiente:

Si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquélla se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento, salvo que dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada para la diligencia pruebe, siquiera sumariamente, causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale.

Cuando es un tercero quien se opone a la exhibición o la rehúsa sin causa justificada, el juez le impondrá multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales. Los terceros no están obligados a exhibir documentos de su propiedad exclusiva, cuando gocen de reserva legal o la exhibición les cause perjuicio.

Nótese que la ley dispone que se fingirá como probado un hecho —o en el *mejor* de los casos se tendrá un indicio grave en contra de la parte renuente— en caso de incumplirse la orden de exhibir un documento. Flaco favor se le hace aquí a la verdad, pues por cuenta de la necesidad de estimular la actividad de las partes en un sentido determinado, el ordenamiento probatorio está dispuesto a *suponer* que se han probado los hechos.

Además, el hecho de que sólo hasta el final del proceso se decida sobre los méritos de la negativa de exhibir los documentos, deja en ascuas —sin razón valedera alguna— a todas las partes procesales (las interesadas en la exhibición y las que se oponen a la misma), pues bien se pudiera decidir este punto mediante providencia interlocutoria en el curso del proceso. Además, se admite la posibilidad de que el juez, rechazando o admitiendo los motivos de la parte renuente, se quede sin prueba, debiendo acudir a la *carga de la prueba* para decidir el litigio, lo que debe hacerse, como ya se dijo (véase numeral 5.4.3.), sólo en aquellos casos excepcionales en los

que ni siquiera la facultad de decretar pruebas de oficio es suficiente para hacerse con pruebas en el proceso.

5.4.13. El indicio.

Son pocos los artículos que dedica el Código de Procedimiento Civil al indicio, así como pocas las normas que regulan este fenómeno en relación con el proceso civil.

Los artículos en mención son los siguientes:

Artículo 248.-Requisitos de los indicios. Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso.

Artículo 249.-La conducta de las partes como indicio. El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

Artículo 250.-Apreciación de los indicios. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.

Del artículo 248 se desprende que si bien el indicio es tratado como un medio de prueba (así lo encasilla el artículo 175 C.P.C.), es en realidad una *fuerza de prueba*. Si por medio probatorio se entiende el vehículo comunicativo mediante el cual se informan al juez fuentes de prueba, elementos de juicio con los que ha de inferir la veracidad o falsedad de las aseveraciones de las partes, es claro que lo que la ley llama *indicio*, aun calificándolo de medio de prueba, no es otra cosa que una forma especial de fuerza de prueba.

Lo anterior se compadece con las concepciones de la doctrina en torno al indicio. Parra Quijano, por ejemplo, dice que:

El indicio es un hecho del cual se infiere otro desconocido. Debe quedar suficientemente claro que el indicio es, por así decirlo, un hecho especialmente cualificado porque tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro. “Ordo unius ad aliud”. Un orden de una cosa hacia otra. Ese mutuo ser uno hacia el otro de los hechos ha de ser de naturaleza real, objetiva⁵².

⁵² PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Obra Citada. p. 665.

También Alvarado Velloso se aventura a definir al indicio. Dice lo siguiente:

Denominase *indicio* a un *hecho conocido* (el *indiciario* o el *indicador*) a partir del cual se razona —por inducción o crítica deducción— la existencia de un hecho desconocido (el *indicado*)⁵³.

Pero es quizá la definición que del indicio da Couture la más clara y precisa, si bien también es la más general. En su *Vocabulario* dice que indicio es:

Objeto material o circunstancia de hecho que permite formular una conjetura o sirve de punto de partida para una prueba⁵⁴.

Este objeto material, esta circunstancia de hecho, esta información —en suma: esta *fuerza de prueba*— es arrimada al proceso a través de los medios de prueba (hombres y cosas). Puede concluirse preliminarmente que el indicio es una *clase* de fuerza de prueba.

Teniendo claro el concepto de indicio, es posible hacer los siguientes comentarios. No se observa ninguna disposición relativa al indicio que afecte negativamente la averiguación de la verdad en el proceso jurisdiccional. Por el contrario, la forma como se encuentra regulado el indicio otorga una amplia libertad interpretativa y valorativa al juez, siendo éste el encargado de establecer el mérito probatorio de la prueba indiciaria. Con todo, es quizá esta libertad la que, aun en forma paradójica, constituye la mayor virtud y el mayor defecto de la disciplina legal del indicio. El legislador ha dejado sólo al juez en lo que respecta a esta prueba, reconociéndole amplias facultades, entre las que se destaca la posibilidad de extraer indicios de la conducta procesal de las partes. Pero quizá lo ha dejado demasiado solo: no existe ningún parámetro legal que sugiera al juez los requisitos mínimos y generales, las condiciones esenciales, que han de verificarse en cada elemento de juicio para concluir de éste su naturaleza indiciaria. Empero, la alternativa contraria, esto es: la determinación legislativa de los indicios, es inaceptable en un sistema probatorio que rechaza la tarifa legal como sistema valorativo de la prueba.

⁵³ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2010, p. 80.

⁵⁴ COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Tercera edición. Buenos Aires: B. de F., 2006, p. 405.

En fin: no es posible formular una crítica certera a la forma cómo ha sido concebido el indicio por el Derecho Probatorio nacional. Es responsabilidad exclusiva del juez hacer del indicio un instrumento en favor de la verdad.

5.4.14. Pruebas anticipadas, pruebas trasladadas y pruebas por comisionado.

Se comenzará por discutir en este espacio dos instituciones distintas —la práctica anticipada de pruebas y el traslado de pruebas de un proceso a otro—, que se encuentran vinculadas por un común denominador: ambas implican la *preconstitución* de pruebas respecto de un proceso determinado. La prueba por comisionado se tratará en último lugar.

Las llamadas *pruebas anticipadas*, consagradas y disciplinadas principalmente por las normas contenidas entre los artículos 294 a 301 del Código de Procedimiento Civil, se traducen en medios de prueba que se constituyen *antes* de que se haya iniciado el proceso jurisdiccional en que se harán valer. Téngase como ejemplo el artículo 294 C.P.C., que consagra lo siguiente en relación con el interrogatorio de parte:

Cuando una persona pretenda demandar o tema que se le demande, podrá pedir, por una sola vez, que su presunta contraparte conteste el interrogatorio que le formule sobre hechos que han de ser materia del proceso. En la solicitud se indicará sucintamente lo que se pretenda probar.

Nótese que por cuenta de esta disposición, se instaura la posibilidad de practicar un interrogatorio de parte, a petición de una persona que pretenda demandar o que tema ser demandada.

Asimismo, el *traslado de pruebas* de un proceso a otro supone, en relación con el proceso receptor de las pruebas trasladadas, el diligenciamiento *ex ante* de los medios probatorios. Es en el artículo 185 C.P.C. donde el legislador probatorio concibe la posibilidad de trasladar las pruebas:

Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella.

No pareciera posible censurar estas dos instituciones a la luz de la pretensión institucional de averiguar la verdad en el proceso. Esto es: la preconstitución probatoria, sea por vía de las pruebas anticipadas o de las pruebas trasladadas, no comporta óbice alguno para la búsqueda de la verdad; al contrario, ambos instrumentos parecen facilitar el ejercicio del derecho a probar, pues suponen la existencia de procedimientos judiciales dirigidos de manera especial y exclusiva a practicar pruebas, que bien pueden usarse o no en proceso ulterior.

Sin embargo, debe anotarse lo siguiente: la preconstitución de pruebas implican un debilitamiento a lo que en este trabajo se ha denominado *principio de la inmediación probatoria*, pues el juez que practica la prueba no es el juez que a la postre decide sobre su valor en relación con los hechos de la demanda y de sus contestaciones. El *juez valorador* recibe el material probatorio recogido por un *juez instructor* distinto, debiendo estimar el valor de las pruebas sin haber percibido su práctica.

Fenómeno similar sucede con la posibilidad de preconstituir pruebas ante notario, consagrada por el artículo 113 de la Ley 1395 de 2010, cuyo tenor es el que sigue:

Podrán practicarse ante notario pruebas extraprocesales destinadas a procesos de cualquier jurisdicción, salvo la penal, con citación de la contraparte y con observancia de las reglas sobre práctica y contradicción establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

Es ésta una disposición cuyo texto es muy simple, quizá excesivamente lacónico, pero es a la vez sumamente importante, pues en virtud de la misma y en relación con la preconstitución de pruebas, son equiparados el juez y el notario. Este último estará encargado de velar por el recto cumplimiento de las formalidades exigidas por el Derecho Probatorio para la práctica de pruebas. Pero termina sucediendo lo que se viene describiendo: se rompe la identidad del juez instructor y el juez estimador de las pruebas, haciéndose mella en el principio de la inmediación probatoria, garantía de la verdad dentro del proceso jurisdiccional.

Esta misma censura procede frente las llamadas pruebas por juez comisionado, autorizadas principalmente por la ley procesal civil entre los artículos 31 a 36 del Código de Procedimiento Civil. Al igual que la regulación de las pruebas anticipadas y las trasladadas, la de la comisión

es loable en tratándose de la garantía al derecho a la prueba y aspectos concretos como es el régimen de contradicción de la prueba, pues tanto en la comisión como en la preconstitución de la prueba, este principio es salvaguardado. No así en lo que se refiere a la inmediación probatoria, pues la comisión involucra la aparición de un juez distinto al juzgador del litigio para la práctica de una prueba. Al respecto es claro el inciso 1º del artículo 181 C.P.C.:

El juez practicará personalmente todas las pruebas, pero si no lo pudiere hacer por razón del territorio, comisionará otro para que en la misma forma las practique

Frente a las tres instituciones analizadas, la pregunta que debe resolverse es si esta falta de coincidencia entre el juez que valora las pruebas, destinatario de las mismas, y el juez instructor de éstas, es un obstáculo irrazonable para la búsqueda procesal de la verdad. De acuerdo con el principio de proporcionalidad, no parece que tales instrumentos merezcan un reproche mayor a las críticas ya presentadas: puede decirse que las tres figuras tratadas persiguen un mismo fin, a saber: asegurar el recaudo de pruebas en el proceso, lo que es un fin constitucionalmente admisible. Son idóneos y necesarios los instrumentos mencionados, pues son útiles en relación con el fin establecido y no se divisan otras medidas menos lesivas para el valor de la verdad (es más, ellas mismas tributan beneficios a este valor). Finalmente, se considera que los daños propiciados a la verdad en el proceso por cuenta de la violación al principio de la inmediación probatoria, son compensados con los mayores beneficios que suponen las pruebas que, sea por comisión, por práctica anticipada o por traslado probatorio, llegan al proceso.

Por tanto, si bien la regulación de los institutos analizados en este apartado afecta el principio de la inmediación, no por ello se amenaza de manera irrazonable la búsqueda de la verdad en el proceso.

5.4.15. Audiencia en el procedimiento verbal según la Ley 1395 de 2010.

El artículo 25 de la Ley 1395 de 2010 dice lo siguiente:

El artículo 432 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

Artículo 432. Trámite de la audiencia. En la audiencia se aplicarán las siguientes reglas:

1. El juez intentará la conciliación, hará el saneamiento del proceso, fijará los hechos del litigio, practicará los interrogatorios de parte en la forma establecida en el artículo 101, y dará aplicación al artículo 25 de la Ley 1285 de 2009.

2. A continuación decretará las demás pruebas y las practicará de la siguiente manera:

a) Oirá el dictamen del perito designado y lo interrogará bajo juramento acerca de su idoneidad y de los fundamentos de su dictamen. De la misma manera podrán las partes controvertirlo. Si el perito no concurre, el juez designará inmediatamente su reemplazo (sic) para que rinda dictamen en la fecha de la continuación de la audiencia. En ningún caso habrá lugar a objeción del dictamen.

b) Interrogará a quienes hayan rendido los experticios (sic) aportados por las partes y hayan sido citados a la audiencia de oficio o a solicitud de parte.

c) Recibirá las declaraciones de los testigos que se encuentren presentes y prescindirá de los demás.

d) Decretará la práctica de inspección judicial cuando la parte que la solicite no pueda demostrar por medio de una videograbación los hechos sobre los cuales ha de versar aquella.

3. Concluida la práctica de pruebas el juez oirá hasta por veinte minutos a cada parte, primero al demandante y luego al demandado.

4. La sentencia se emitirá en la misma audiencia, aunque las partes o sus apoderados no hayan asistido o se hubieren retirado. Si fuere necesario, podrá decretarse un receso hasta por dos horas para el pronunciamiento de la sentencia. En la misma audiencia se resolverá sobre la concesión de la apelación.

5. La audiencia se registrará mediante un sistema de grabación electrónica o magnetofónica. En el acta escrita se consignará únicamente el nombre de las personas que intervinieron como partes, apoderados, testigos y auxiliares de la justicia, los documentos que se hayan presentado, el auto que suspenda la audiencia y la parte resolutive de la sentencia.

En ningún caso se hará transcripción del contenido de las grabaciones. Cualquier interesado podrá pedir la reproducción magnética de las grabaciones, proporcionando los medios necesarios.

En todo caso, de las grabaciones se dejará duplicado que formará parte del archivo del juzgado.

6. La inasistencia de alguna de las partes hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se fundan las pretensiones o las excepciones, según el caso.

Parágrafo. El juez proferirá sentencia por escrito, sin realizar audiencia, cuando por disposición legal la falta de oposición del demandado determine la emisión inmediata de la sentencia.

Este artículo consagra el trámite que ha de seguirse en procedimiento verbal, el cual de conformidad con la Ley 1395 de 2010 remplazará al procedimiento ordinario y al procedimiento abreviado⁵⁵.

Deben hacerse tres anotaciones puntuales en relación con esta disposición: la primera versa sobre la prueba testimonial. Dice el enunciado que sólo se recibirán los testigos que estén presentes el día de celebración de la audiencia, prescindiéndose de todos los demás. Se afecta así, de manera irrazonable, la búsqueda procesal de la verdad, pues ésta queda dependiendo, por lo menos en lo que respecta a la prueba testimonial, de la presencia de unos testigos el día específico destinado por el despacho para la realización de la audiencia respectiva. Si bien la agilidad procedimental buscada con esta medida es una finalidad constitucionalmente admisible, se propicia un irreparable daño a la verdad, pues se estará prescindiendo de testigos que pueden aportar importantes elementos de juicio, sólo porque —por cualquier motivo— no estuvieron presentes el día de celebración de la audiencia. A pesar de lo anterior, es claro que el juez queda facultado para celebrar el testimonio de manera oficiosa.

La segunda anotación versa sobre la condición que se ha impuesto para la práctica de la inspección judicial: ésta se decretará cuando la parte que la

⁵⁵ El parágrafo del artículo 44 de la ley 1395 de 2010 dice al respecto lo siguiente: “Las modificaciones a los artículos 366, 396, 397, 432, 433, 434 y 439, la derogatoria de los artículos 398, 399, 401, 405 y del Capítulo I Disposiciones Generales, del Título XXII. Proceso Abreviado, de la Sección I. Los procesos Declarativos, del Libro III. Los procesos del Código de Procedimiento Civil y la modificación al artículo 38 de la Ley 640 de 2001, entrarán en vigencia a partir del 1° de enero de 2011 en forma gradual a medida que se disponga de los recursos físicos necesarios, según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura, en un plazo máximo de tres años. Los procesos ordinarios y abreviados en los que hubiere sido admitida la demanda antes de que entren en vigencia dichas disposiciones, seguirán el trámite previsto por la ley que regía cuando se promovieron”. Por tanto, ha de entenderse que la exposición que se hará en este apartado versa sobre una normativa cuya vigencia y aplicación depende de las determinaciones que al respecto haya tomado el Consejo Superior de la Judicatura a partir del 1 de enero de 2011. Tales determinaciones no se tienen en cuenta en esta investigación por ser irrelevantes respecto del problema de la verdad

solicite no puede servirse de recursos audiovisuales para probar los hechos en cuestión. Si bien siempre será razonable servirse de la ayuda y facilidades que supone la tecnología, no parece razonable que se anteponga esta tecnología al juicio del juez. El artículo está diciendo que la aportación de un medio audiovisual hace inútil la inspección judicial, lo que no siempre es cierto. Empero, no se olvide que el juez conserva la posibilidad de decretar oficiosamente el medio de prueba en comento; pese a ello, dada esta disposición, deberán los jueces justificar con mayor precisión el decreto oficioso de una inspección judicial.

El último comentario trata sobre la presunción de veracidad, establecida por el legislador como sanción por la inasistencia de alguna de las partes a esta audiencia. Como se ha dicho en este texto frente a sanciones análogas, no resulta proporcional *fingir la prueba de los hechos* a título de sanción por la inejecución de un acto procesal determinado respecto con una o ambas partes del proceso. Asegurar que las partes realicen un acto —y en este caso especial, asegurar que las partes estén presentes en la audiencia— no justifica alterar la realidad de las cosas y dar por verificado lo que no lo está. Además, existen muchas otras alternativas, como es la sanción pecuniaria, para garantizar la asistencia de las partes a esta diligencia sin que se menoscabe la verdad en el proceso.

6. Resultados.

El análisis que antecede, centrado en *medir* la idoneidad del ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano en algunas de sus manifestaciones concretas —siendo éstas principalmente los medios de prueba—, ha arrojado algunas enseñanzas, las cuales constituyen el resultado de la presente investigación y por ende se procede a exponerlas.

Pero para poder arribar a las conclusiones que se derivan de esta empresa académica, es necesario discutir estos resultados, reflexionando en torno a los mismos con base a unas *preguntas metodológicas* escogidas de antemano al preparar esta investigación en sus etapas previas, esto es: durante la formulación del Anteproyecto y Proyecto de Investigación. Estas preguntas metodológicas, expuestas al momento de configurar el plan de análisis (véase al respecto más adelante el epígrafe destinado a la metodología efectuada), servirán para determinar si los objetivos planteados en un principio fueron alcanzados o no.

6.1. Exposición.

Varios son los resultados obtenidos con el análisis teórico-normativo realizado. Con miras a hacer más cómoda la lectura de los mismos, pero sin perder el rigor conceptual que se ha perseguido en todo momento durante la redacción de cada uno de los epígrafes que conforman este texto, los resultados se expondrán uno por uno, pero sin destinar apartados numerados independientes para cada uno de ellos. Se considera que así se garantiza una lectura continua e íntegra, en la que el lector se deje atrapar por el flujo de la argumentación y no por el orden ascendiente de la numeración.

Una primera enseñanza que arroja este trabajo es que al ser Colombia un Estado Social de Derecho, tal y como lo dice el artículo 1º de la Constitución Política, la búsqueda de la verdad no es una actividad ajena a los procesos jurisdiccionales, ni siquiera a los procesos civiles. Esto es así porque un Estado Social de Derecho es una clase de Estado que procura encauzar a la ciudadanía hacia la consecución de unos fines específicos, considerados *buenos* (convenientes, apropiados, provechosos) de acuerdo con las culturas, pareceres, necesidades y expectativas que forman la idiosincrasia colombiana. Este encauzamiento se logra a través del diseño de *políticas*, a cuya realización se instrumentaliza el aparato burocrático

del Estado. Aquí el Derecho juega un papel clave, pues éste no es más que la forma legítima de actuación del Estado en pro de la implementación de tales medidas. Así, se hace necesaria, entre otras cosas, una aplicación correcta del Derecho en el caso concreto, pues este reforzamiento de la voluntad legislativa, esta defensa del vigor del Derecho, robustece al Estado, garantizándose así la consecución de sus objetivos. Pero el Derecho sólo puede aplicarse correctamente al caso concreto si durante el proceso jurisdiccional, instrumento de aplicación del Derecho, se han verificado con exactitud los extremos del susodicho *caso concreto*. Sólo es correcta la aplicación del Derecho si se ha aplicado a los hechos correctos.

Así, al buscar implementar políticas públicas, el Estado colombiano debe aplicar correctamente el Derecho, pues es a través de éste que el Estado obra legítimamente. La aplicación correcta del Derecho pasa el establecimiento previo de la verdad en relación con los hechos de los litigios procesados en los procesos jurisdiccionales.

Ahora bien: puede ponerse en tela de juicio la posibilidad de establecer efectivamente la verdad en el proceso jurisdiccional. Pero, tal y como se ha expuesto principalmente en el numeral 5.2. de este trabajo¹, la posibilidad de establecer la verdad puede defenderse desde tres ópticas distintas: la teórica, la práctica y la ideológica. Importante resulta resaltar el aspecto ideológico, pues ha sido éste el punto de convergencia de la mayoría de las críticas que se formulan a la idea de buscar la verdad en el proceso jurisdiccional. Pero también es el contexto ideológico desde donde se *atacan* tales críticas. Un Estado que constitucionalmente se califica de *social* y de *derecho*, no es un Estado en el que sea posible pensar en un proceso que única y exclusivamente componga litigios. Esta clase de proceso es propia de un Estado liberal, reactivo, que sólo funge de gendarme, de árbitro entre los distintos intereses privados que chocan y se superponen entre sí en la arena política. En esta clase de proceso es posible excluir el problema de la verdad, pues la decisión no tiene que ser *correcta*, sino simplemente *conveniente* (en relación con los intereses privados en conflicto y, principalmente, en razón del objetivo perseguido, que sólo es la eliminación del conflicto). Pero en un Estado Social de

¹ No deja de ser conveniente recordar una vez más el nombre de Taruffo respecto de lo que se dice. En su obra *La prueba de los hechos*, se encuentra consignada una serie y clara exposición de la posibilidad teórico-práctico-ideológica de obtener la verdad en el proceso jurisdiccional.

Derecho, el proceso jurisdiccional es necesariamente *implementador de políticas*, requiriéndose que en su seno se persiga la verdad, pues ésta es condición necesaria de una decisión en la que se aplique correctamente el Derecho, implementándose las políticas estatales en el caso concreto.

Por tanto, en Colombia la cláusula del Estado Social de Derecho excluye la posibilidad de concebir *ideológicamente* un proceso en el que sólo se busque dirimir disputas de intereses privados. Es mandatorio pensar en un proceso que implemente políticas, para lo cual ha de averiguar la verdad. Cómo se vio en su momento², la gran mayoría de las críticas al ideal de perseguir la verdad en el proceso, parten de entender al proceso como un instrumento exclusivamente componedor de litigios; opción que en Colombia —se insiste— no es admisible.

Pero alcanzar la verdad en el proceso no es una tarea fácil. Se hace necesario respetar un conjunto de directrices, de criterios, de pautas que permiten y facilitan la obtención procesal de la verdad y, por lo mismo, pueden denominarse *garantías de la verdad*. Se citaron varios autores al respecto, mostrando cuáles son tales garantías en sus criterios. Finalmente se concluyó que tales garantías se resumían así:

- El límite natural de la *admisibilidad* de una prueba es su *relevancia* o *pertinencia*, en un doble sentido: deberán admitirse todas las pruebas relevantes, pero sólo podrán admitirse las pruebas relevantes. Otros límites a la admisibilidad de la prueba deberán pasar por el filtro del *principio de proporcionalidad*.
- Durante las etapas de recolección y práctica de las pruebas, es necesaria una actitud activa por parte del juez. Por actitud activa ha de entenderse la participación del juez en la ejecución de tales etapas, haciéndose a cargo desde el inicio de las mismas de las pruebas que van dirigidas a él. No ha de olvidarse que la actividad probatoria tiene como receptor fundamental al juez y, por tanto, debe él estar atento del principio. En pocas palabras: en la medida de lo posible, no debe haber diferencia entre el funcionario judicial que presencia la formación del material probatorio y el juez que decide posteriormente su valor. Esta garantía puede condensarse en lo que podría llamarse *principio de inmediación probatoria*.

² Supra, núm. 5.2.1.

- Debe garantizarse el *principio del contradictorio*; esto es: debe otorgarse la posibilidad a las partes de discutir las hipótesis que ellas mismas formulan y controvertir las fuentes de prueba aportadas.

En el momento de la valoración, las garantías de la verdad son las siguientes:

- Deben quedar plenamente identificados los hechos a probar dentro del proceso, para lo cual se hace necesaria una correcta interpretación por parte del juez de las aseveraciones fácticas emitidas por las partes dentro del proceso.
- El juez debe identificar las hipótesis que, con base al material probatorio recaudado, son posibles formular dentro del proceso
- Posteriormente, debe escoger la hipótesis confirmada por un número mayor y/o mejor de pruebas. Para tal efecto, deberá consultar el ordenamiento jurídico en búsqueda de criterios que le indiquen como realizar tal elección (estándares de prueba). En caso de no encontrar tales criterios, no tendrá otra opción que sopesar los méritos de las pruebas en relación con las hipótesis formuladas con base a criterios metanormativos, debiendo garantizar la licitud de tales criterios y la conveniencia de su utilización.
- Finalmente, debe el juez expresar toda la actividad valorativa realizada en la parte motiva de la sentencia, dejando claro los criterios utilizados para darle valor a las pruebas.

Es posible utilizar estas garantías como *instrumentos de medición* de la idoneidad de un ordenamiento jurídico concreto en relación con el establecimiento de la verdad en el proceso jurisdiccional. Un ordenamiento será más o menos idóneo (o lo que es lo mismo: será más o menos propicio) para la averiguación de la verdad en el proceso, según sea la tendencia de su normativa para reconocer y amparar las garantías en mención.

En lo que respecta al ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano, el *cálculo* de su idoneidad con base a las garantías de la verdad ha arrojado

resultados complejos, variopintos, comprensibles sólo en relación con aspectos concretos del ordenamiento jurídico. Estos resultados fueron consignados en el Marco Teórico de esta investigación y remito el lector al capítulo respectivo. De cualquier manera, ha sido posible extraer algunas notas generales de tales resultados, que en forma conjunta forman la síntesis de los resultados obtenidos:

- El ordenamiento probatorio civil colombiano tiende fuertemente a establecer, a título de sanción, el *fingimiento de la prueba de los hechos*. Con el objetivo de estimular a las partes a la realización de ciertas conductas procesales (comparecer al despacho del juez, contestar las preguntas que se le formulan, exhibir un documento, etcétera), el legislador probatorio amenaza con dar por probados ciertos hechos en caso de incumplimiento. Esto afecta de manera negativa y desproporcionada la búsqueda de la verdad, porque implica la renuncia de prueba de ciertos hechos a cambio de la suposición de prueba de los mismos.
- Se reconoce expresamente al juez la posibilidad de decretar pruebas de oficio, lo que puede contribuir favorablemente al establecimiento de la verdad en el proceso jurisdiccional. Pero el ordenamiento probatorio es prudente en instaurar esta facultad como un subrogado del impulso probatorio de las partes, cuando este es insuficiente o nulo. Prueba de ello es la consagración del instituto de la *carga de la prueba*. Con todo, debe advertirse que el ejercicio de este poder de decretar pruebas de oficio no es de ejercicio facultativo por parte del juez, sino que, por el contrario, es un deber. El juez debe decretar pruebas de oficio cuando sean exiguos o inexistentes los elementos de juicio aportados por las partes, de allí que antes que una facultad, el decreto oficioso de pruebas deba ser calificado de *poder-deber*.
- Si se analiza la institución de la carga de la prueba desde la óptica del poder-deber de decretar pruebas de oficio, se comprenderá que aquélla depende de la imposibilidad de ejercer éste. Sólo cuando no sea posible decretar pruebas de oficio o, en todo caso, cuando aun decretándolas, la verdad no se dejara conocer por el juez, éste deberá decidir el litigio con base a la regla de juicio que le indica la carga de la prueba. Esto favorece ciertamente la verdad, pues se usa sí un instrumento que es *prima facie* contra-epistémico, sólo cuando es estrictamente necesario, esto es: solamente cuando el juez no tiene alternativa.

- El ordenamiento probatorio colombiano no establece parámetros para la valoración probatoria y/o la motivación de las decisiones sobre los hechos, dejando a la doctrina y a la jurisprudencia el tratamiento de este punto. Esta falencia antes de ayudar a la búsqueda de la verdad, la perjudica, pues el ordenamiento jurídico queda dependiendo únicamente de la probidad y preparación judicial a este respecto. No se sugiere un retorno al sistema de la sana crítica, pero es necesario que el legislador establezca las condiciones mínimas de toda valoración probatoria, es imprescindible que legislativamente se establezcan estándares que guíen la actuación judicial en el momento de motivar su decisión sobre la veracidad o falsedad de las aseveraciones de las partes.
- La regulación de los medios probatorios oscila entre la facilitación y el entorpecimiento del establecimiento de la verdad. Empero, son más los puntos censurables de la disciplina jurídica de los medios de prueba que sus notas favorables, quedando un sinsabor al respecto, en relación con la averiguación de la verdad. En pocas palabras: frente a todos los medios de prueba, infortunadamente es posible esgrimir reproches relativos a aptitud respecto de la búsqueda de la verdad,
- El ordenamiento probatorio, de manera acertada, permite la utilización de medios de prueba atípicos, siempre y cuando transmitan al juez fuentes de prueba pertinentes y útiles. Se dice que es ésta una decisión acertada de la legislación probatoria, pues no se circunscribe la búsqueda de la verdad a unos medios taxativamente dispuestos por el legislador. Son bienvenidos todos los medios que sean disponibles, bajo la condición que aporten elementos de juicio que sirvan al juez para el proveimiento de la decisión sobre los hechos que exige el ejercicio de la potestad jurisdiccional.
- El ordenamiento probatorio desconoce fuerza probatoria al testimonio de referencia. La jurisprudencia le reconoce un valor incompleto, pues para que sea estimado un testimonio de oídas, se requiere que venga acompañado de otros medios de prueba. por tanto, el testimonio de oídas no es un medio idóneo para establecer la verdad en el proceso jurisdiccional.

- Las garantías de la verdad que más son vulneradas por el ordenamiento probatorio son las relativas al momento valorativo de la prueba —dada la falta de parámetros legales que existen al respecto—. En cambio, la garantía que se ha condensado en el llamado *principio del contradictorio*, es la más respetada por el ordenamiento jurídico probatorio, pues el legislador ha procurado, en relación con cada medio de prueba típico, establecer claramente las condiciones de la contradicción. Por su parte, el *principio de la inmediación probatoria* sufre una lesión con fenómenos como la comisión, la prueba anticipada y la prueba trasladada; pero esta lesión se considera lícita porque está dentro de los límites que permite la aplicación del principio de proporcionalidad.
- El principio de proporcionalidad es el instrumento más útil al momento de verificar la razonabilidad de los límites a la pretensión institucional de averiguar la verdad. Esto es así, porque permite identificar los márgenes dentro de los cuales resulta razonable limitar u principio o, como en este caso, un valor (la verdad). Como es natural, identificados los márgenes de límite razonable, se identifican por descarte las condiciones bajo las cuales resulta irrazonable, *desproporcionado* afectar un principio o un valor.
- Con el ingreso de la Ley 1395 de 2010 —entre otras disposiciones— se evidencia una fuerte tendencia hacia un modelo dispositivo, adversarial de procesamiento. Esto es así porque, por lo menos en lo que respecta a la actividad probatoria, se nota por un lado un relajamiento frente a la necesidad de establecer de la verdad, mientras que por otro lado es indudable que se busca agilizar la decisión de los litigios, resaltándose así la función compositiva de controversias del proceso.

Procede ahora determinar si los objetivos trazados al momento de iniciarse esta investigación ha sido alcanzados o si, por el contrario, se fracasó al respecto. En una palabra: se procede ahora a *discutir* los resultados obtenidos,

6.2. Discusión.

El objetivo general que ha guiado esta investigación ha sido el siguiente: establecer si el ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano es

idóneo para la determinación de la verdad de las aseveraciones que hacen las partes en relación con los hechos del litigio sometido a enjuiciamiento jurisdiccional.

Pero para conseguir tal objetivo se plantearon seis objetivos específicos. Lo que sigue a continuación será la verificación del logro de cada uno de éstos, considerando para tal efecto los resultados obtenidos y las *preguntas metodológicas* definidas con anterioridad:

El primero de los objetivos especiales planteados, fue la exposición de la teoría que establece la posibilidad y la necesidad del establecimiento de la verdad de las aseveraciones relativas a los hechos del litigio, formuladas por las partes con ocasión de un proceso civil. Este objetivo se ha alcanzado de manera satisfactoria, pues *el problema de la verdad dentro del proceso jurisdiccional* ha sido tratado desde diversas ópticas, respondiendo preguntas que inquietan sobre la posibilidad y la necesidad de establecer la verdad dentro del proceso, analizando la clase de verdad que es esperable alcanzar con las herramientas que otorga el Derecho Procesal y considerando los límites de la investigación procesal por la verdad.

Al respecto, debe recordarse que la clase de Estado que el constituyente primario ha decidido para Colombia en el artículo 1º de la Constitución, supone que el proceso jurisdiccional, incluso el civil, sea un proceso implementador de políticas mediante la aplicación del Derecho al caso concreto, dentro del cual es imprescindible el previo establecimiento de la verdad, pues así se abona a una aplicación correcta del Derecho. Pero en lugar de acudir a sinsentidos conceptuales como lo es la llamada “verdad procesal” o “verdad formal” para explicar el carácter *no absoluto* de las verdades obtenidas por vía procesal, debe aceptarse que dicha verdad sólo puede ser alcanzada en términos probabilísticos y relativos. Además, no pueden obviarse los límites institucionales a la búsqueda de la verdad (verbigracia: el *secreto profesional*) los cuales son instituidos por el legislador con el objetivo de salvaguardar intereses que, distintos e incluso contrarios a la verdad, también gozan de tutela jurídica.

De lo anterior se colige que el segundo objetivo específico (“Identificar, en el seno del ordenamiento jurídico colombiano, el problema de la averiguación de la verdad en relación con las aseveraciones de las partes dentro de un proceso”) también fue alcanzado. Se repite una vez más el

argumento, pues es quizá uno de los logros más importantes de esta investigación: siguiendo los parámetros propuestos por el profesor Mirjan Damaska³, se ha identificado el proceso jurisdiccional colombiano —civil, penal, etcétera— como un *policy-implementing process*, en el cual es necesario determinar la verdad de los hechos juzgados, pues sólo así se puede aplicar correctamente el Derecho a través del cual se intenta vigorizar determinadas políticas públicas. Es por eso que en Colombia es posible pero sobre todo necesario diseñar un ordenamiento jurídico que propenda por la averiguación de la verdad, aun cuando ésta sólo sea relativa y su alcance sólo posible en términos probabilísticos.

La pretensión de definir lo que ha de entenderse por prueba y su relación con el problema de la verdad ha estado presente en este trabajo, por lo que se considera que el tercer objetivo específico se alcanzó favorablemente. Se propuso una analítica de la prueba en virtud de la cual se distinguió cuatro ideas distintas, confundidas en la palabra “prueba”: verificación de aseveraciones, elemento de juicio a partir del cual se ejecuta la verificación, medio a través de cual se comunican los elementos de juicio y actividad desarrollada por los sujetos del proceso, dirigida, por un lado, a que se ponga en conocimiento del juez los elementos de juicio comunicados por los medios de prueba, y por otro, para que éste verifique, luego de valorar el material probatorio recaudado, las aseveraciones de las partes.

Igualmente se delimitó el concepto de ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano, identificándose los textos normativos más relevantes para el problema de la verdad, con lo que se cumplió con el cuarto objetivo específico propuesto. Recuértese que se prefirió delimitar *in extremis* el contenido del ordenamiento probatorio, pues así se garantizaba la realización de esta investigación. No se niega que es posible hacer un estudio más amplio (por ejemplo: haciendo un juicioso y completo estudio de la jurisprudencia que existe sobre las materias tratadas), pero tendría que ser objeto de una investigación distinta, de mayor envergadura y con la utilización de recursos distintos a los usados en este trabajo. El estudio realizado fue de *aspiraciones cortas*, en el entendido de que se tomó un

³ Véase al respecto dos obras citadas y trabajadas en este texto: DAMASKA, Mirjan; *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven and London: Yale University, 1986; *Evidence Law Adrift*, New Haven and London: Yale University Press, 1997.

objeto de estudio pequeño, terminando en poco tiempo el análisis del mismo.

La identificación de las condiciones generales y necesarias bajo las cuales es posible determinar la idoneidad de un ordenamiento probatorio específico en relación con la búsqueda de la verdad dentro del proceso —el quinto objetivo propuesto— fue igualmente posible y realizada. Estas condiciones fueron llamadas “garantías de la verdad” y fueron plasmadas luego de exponer la posición de diversos autores (Michele Taruffo, Jordi Ferrer Beltrán, Marina Gascón Abellán, etcétera). Debe quedar bien claro lo siguiente: las garantías propuestas no pasan de ser eso —una propuesta—, elaborada para efectos de la presente investigación. No se duda que sea posible establecer toda una serie distinta de condiciones que permitan alcanzar la verdad en el proceso jurisdiccional. Con todo, se considera que el objetivo propuesto se alcanzó, pues se elaboró un catálogo de directiva que permiten decidir si los procedimientos probatorios están o no guiados hacia la determinación de la verdad.

Al proponer estas garantías apareció el *principio de proporcionalidad*, perfilándose como una herramienta útil para medir la razonabilidad de las interferencias a la búsqueda jurisdiccional de la verdad. Ésta es una búsqueda llena de límites y condiciones, siendo el test de proporcionalidad el mejor aliado al momento de determinar si tales límites y condiciones vulneran o no los límites de lo razonable, de lo prudente, de lo proporcional. Por ello es que posible ubicar al principio de proporcionalidad como la garantía más importante de la verdad en el proceso civil.

Finalmente, en tratándose del último objetivo, que no es otro que la comparación del ordenamiento probatorio con las garantías de la verdad propuestas, ha de decirse que ello fue la actividad motora de esta investigación. Sin temor a exagerar, puede decirse que en el estrecho contexto de este trabajo, *investigar* fue sinónimo de este objetivo, pues lo que se hizo todo el tiempo fue comparar: se compararon algunas reglas relativas a todos los medios de prueba y las reglas específicas a cada uno de estos medios con las garantías de la verdad, determinando si las mismas disciplinan instituciones que resultaren idóneas o inidóneas en relación con el objetivo de determinar la verdad de las aseveraciones de las partes.

Por cuenta de tal actividad comparativa, se determinó porqué algunas instituciones (como es el caso de la confesión ficta) desbordan los límites de razonabilidad al fingir la prueba de los hechos, sólo porque es conveniente sancionar la conducta omisiva de alguna de las partes. Pero también se reconoció que institutos como el decreto oficioso de pruebas, la carga de la prueba o las pruebas anticipadas, entre otros, benefician o por lo menos no afectan de forma desproporcionada la determinación de la verdad.

En suma, puede decirse con tranquilidad que los objetivos específicos se lograron, propiciándose así los elementos conceptuales que permiten darle respuesta a ese gran interrogante que es el objetivo general de esta investigación. Tal respuesta está consignada en el siguiente apartado.

9. Metodología.

9.1. Tipo de estudio.

El estudio realizado fue teórico y cualitativo.

9.2. Diseño del plan de datos.

9.2.1. Gestión del dato.

Para efectos de la presente investigación, se acudió a las siguientes fuentes de datos:

9.2.1.1. Acceso a bibliotecas.

Se acudió a las bibliotecas de cuatro universidades: Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad de Medellín, Universidad de Antioquia, Universidad EAFIT. El acceso a la información almacenada por las bibliotecas de todas las universidades mencionadas, se facilitó, principalmente porque la calidad de egresado y docente de la Universidad Pontificia Bolivariana le abrió las puertas al investigador.

9.2.1.2. Bases de datos virtuales.

Se requirió el acceso a diversas bases de datos, tanto jurisprudenciales como bibliográficos. El autor, por ostentar la calidad de egresado y docente de la Universidad Pontificia Bolivariana, tuvo acceso gratuito a las siguientes bases de datos:

Lexbase.

Academic Search Complete.

Fuente Académica Premier.

JSTOR.

Legal Collection.

Leyex.info.

Master File Premier.

9.2.1.3. Internet.

También se acudió a la información relevante con el problema planteado que se encuentre gratuitamente por internet.

9.2.1.4. Biblioteca personal.

Finalmente, el investigador se sirvió de su biblioteca personal para el acometimiento del presente estudio

9.2.2. Obtención del dato.

Los datos gestionados fueron registrados en fichas. Sin embargo, sólo se hizo uso de fichas bibliográficas, en las que se consignó información que permite identificar las fuentes utilizadas. No se utilizaron las otras clases de fichas previstas en el Proyecto de Investigación, por considerarse innecesario, por cuanto la mayoría de las fuentes utilizadas fueron transcritas al presente informe.

9.2.3. Recolección del dato.

La recolección de los datos necesarios para obtener información requerida para la presente investigación, fue ejecutada exclusivamente por el investigador, de las fuentes de datos ya mencionadas, en las oportunidades dispuestas en el cronograma (véase Proyecto de Investigación) El método utilizado para la recolección de los datos fue la lectura de los documentos consultados.

9.2.4 Control de sesgos.

Los sesgos que pudieron viciar los resultados obtenidos con la presente investigación, fueron controlados con el método de la triangulación metodológica, consistente, para efectos de este estudio,

(...) en el uso de múltiples perspectivas, más que de perspectivas singulares en relación con el mismo *set* de objetos (...)¹.

9.3. Procesamiento del dato.

El procesamiento de los datos recolectados se hizo a través de fichas bibliográficas,

9.4. Plan de análisis.

Los datos conseguidos con los procesos de gestión y recolección aludidos, fueron analizados a la luz de los objetivos específicos planteados. Por tal motivo, es que el análisis realizado de la información recolectada intentó,

¹ ARIAS VALENCIA, María Mercedes, Triangulación metódica: sus principios, alcances y limitaciones, (en línea), 2009, Disponible en internet: <http://www.robertexto.com/archivo9/triangul.htm#Cuatro>.

aún implícitamente, dar respuesta a los siguientes interrogantes, derivados de los objetivos planteados:

Objetivos específicos	Preguntas que guiarán el análisis de la información
Exponer la teoría que establece la posibilidad y la necesidad del establecimiento de la verdad de las aseveraciones relativas a los hechos del litigio, formuladas por las partes con ocasión de un proceso civil.	<p>¿Por qué es posible determinar la verdad de los hechos aseverados en el proceso?</p> <p>¿Por qué es necesario determinar la verdad de los hechos aseverados en el proceso?</p> <p>¿Cuál es el grado de verificación de las aseveraciones en el marco de un proceso jurisdiccional?</p> <p>¿Cuáles son los límites de la determinación de la verdad en relación con las aseveraciones procesales?</p> <p>¿La verdad que se obtiene dentro de un proceso se plantea en términos de verosimilitud, probabilidad o verdad absoluta?</p>

<p>Identificar, en el seno del ordenamiento jurídico colombiano, el problema de la averiguación de la verdad en relación con las aseveraciones de las partes dentro de un proceso</p>	<p>¿Qué se ha entendido por “verdad” en el marco del derecho colombiano?</p> <p>¿Qué críticas merece la idea de verdad formulada en el interior del derecho colombiano?</p> <p>¿Es la verdad considerada un valor procesal?</p>
<p>Construir un concepto de prueba vinculado con la posibilidad y necesidad del establecimiento de la verdad de las aseveraciones relativas a los hechos del litigio, formuladas por las partes con ocasión de un proceso civil.</p>	<p>¿Qué es la prueba?</p> <p>¿Qué se entiende por verificación?</p> <p>¿Qué se entiende por fuente de prueba?</p> <p>¿Qué es y cuáles son los medios de prueba?</p> <p>¿Qué es y cómo es el procedimiento probatorio?</p> <p>¿Qué relaciones existen entre la prueba y la idea de verdad?</p>

Reconocer las normas jurídicas conformadoras del ordenamiento jurídico probatorio colombiano, de conformidad con el concepto de prueba construido.	¿Cuáles son las normas del ordenamiento jurídico colombiano que regulan la actividad probatoria que se despliega en el proceso civil?
Identificar las condiciones generales y necesarias bajo las cuales es posible determinar la idoneidad de un ordenamiento probatorio específico en relación con la búsqueda de la verdad dentro del proceso.	<p>¿Cuáles son las condiciones de la veracidad de la decisión judicial en relación con las aseveraciones de las partes?</p> <p>¿Cómo se alcanza la verdad en el proceso?</p> <p>¿Cuáles son las condiciones mínimas y suficientes por cuenta de las cuales es posible afirmar que una determinada decisión judicial está fundada en hechos verdaderos?</p>
Comparar las normas jurídicas conformadoras del ordenamiento jurídico probatorio colombiano, con las condiciones generales y necesarias bajo las cuales es posible determinar la idoneidad de un ordenamiento probatorio específico en relación con la búsqueda de la verdad dentro del proceso.	<p>¿Permiten las normas del Derecho Probatorio civil colombiano la determinación de la verdad dentro del proceso civil?</p> <p>¿Por qué lo permiten?</p> <p>¿Por qué no lo permiten?</p> <p>¿Qué puede hacerse en caso de</p>

	verificarse la inidoneidad de las normas probatorias civiles colombianas en relación con la consecución de la verdad en el proceso civil?
--	---

10. Ética.

Durante la ejecución de la presente investigación, fueron respetados los derechos de autor, teniendo para tal efecto como punto de referencia la ley 23 de 1982, adicionada por la ley 1403 de 2010.

Con todo, nótese que cada una de las citas hechas de diversos autores, fueron transcritas al texto en sangría especial, resaltando así su origen externo. Se ha tenido cuidado en dar a conocer los datos más relevantes de los textos consultados, de manera que el lector pueda corroborar la citas enunciadas.

7. Conclusiones.

¿Es idóneo el ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano para la determinación de la verdad de las aseveraciones de las partes dentro de un proceso civil? ¿Permite el Derecho Probatorio Objetivo la averiguación de la verdad o es, por el contrario, un obstáculo para tal efecto? El cuestionamiento es claro, mas no así su respuesta. Aunque mejor decir respuestas, pues esta investigación ha arrojado varias de ellas.

Puede comenzar diciéndose que el ordenamiento probatorio civil colombiano contempla una herramienta peligrosa para la verdad: la suposición de la prueba de los hechos a título de sanción a las partes por el incumplimiento de alguno de sus deberes. Esta herramienta se encuentra reflejada en varias de las instituciones observadas: recuérdese, por ejemplo, la confesión ficta regulada en el artículo 210 C.P.C., o la sanción por la renuencia infundada a cumplir la orden de exhibir documento, contemplada en el artículo 285 C.P.C. En ambos casos, el incumplimiento de un deber genera el fingimiento de prueba de un hecho, lo que no parece muy razonable. Con el ánimo de sancionar a una de las partes del proceso, el orden probatorio está dispuesto a sacrificar la verdad. Nótese que estas sanciones buscan estimular el ejercicio de una conducta procesal específica (comparecer al despacho, contestar el interrogatorio, exhibir una documentación), lo que es un objetivo lícito y comprensible que perfectamente puede asegurarse de otra manera, como con una pena pecuniaria. Si así fuese el caso, el incumplimiento de la obligación implicaría un mal para la parte incumplida, pero sólo para ésta. Pero en el estado actual de cosas, la sanción no sólo supone un mal para la parte sancionada: la justicia misma sufre al darse por ciertos hechos que perfectamente pueden ser falsos. Por eso, es justo afirmar que, en relación con este aspecto concreto, el ordenamiento probatorio no es idóneo para el establecimiento de la verdad; por el contrario, es perjudicial para la misma.

Por otro lado, el poder-deber instaurado por el orden probatorio en favor del juez para el decreto oficioso de pruebas, es una herramienta conducente hacia la verdad, siempre y cuando se utilice de manera correcta. Un uso correcto implica que el juez no deje de ordenar pruebas cuando necesite de las mismas, pero que sólo las ordene cuando las fallas en el impulso probatorio de las partes le genere dicha necesidad. Repárese, a este respecto, que el principio de imparcialidad judicial, pilar del proceso

jurisdiccional, podrá verse afectado por un uso indebido de este poder: la balanza de la justicia puede inclinarse injustamente a favor de una de las partes, en aquellos casos en que los jueces decreten oficiosamente la práctica de pruebas sin necesidad alguna, en un intento de justificar una decisión sobre los hechos distinta a la que es menester pronunciar con base a las pruebas ya existentes. Para que el principio de imparcialidad permanezca incólume, es necesario que sólo se ejerza este poder-deber en los casos en que es imposible formular una hipótesis sobre la veracidad o falsedad de los hechos, con los materiales probatorios aportados previamente por las partes.

Palabras análogas valen para la institución de la carga de la prueba. Sólo si se considera un recurso de *ultima ratio*, aprovechable solamente en aquellos casos en los que ni siquiera el poder-deber de decretar pruebas de oficio basta para la determinación de la verdad, puede ser calificada de institución razonable y, por lo mismo, idónea (o por lo menos compatible) con el objetivo institucional de determinar la verdad.

En relación con la valoración de la prueba y la motivación de la decisión sobre los hechos, se ha dicho ya hasta la saciedad que el ordenamiento jurídico es en exceso parco al respecto, dejando desguarnecido al juez. No puede olvidarse que el juez es un funcionario jurídico, compelido sólo por el imperio de la ley, pero igualmente sólo acompañado por éste. Las herramientas con las que un juez ejerce su trabajo le son dadas por el Derecho; pero si el Derecho no lo asiste en relación con el ejercicio de una función específica, se tiene el primero de los varios ingredientes necesarios para una ejecución equivocada de la función (o, simplemente, para el *no ejercicio* de la misma). Esta falta de hace particularmente compleja cuando se ha aceptado que el proceso jurisdiccional debe perseguir la verdad, porque por un lado se fija como uno de los fines del proceso algo muy difícil —la consecución de la verdad—, pero por otro lado, no se le otorgan herramientas jurídicas al juez para tal efecto. Tan sólo se le pide que acuda a unas susodichas *reglas de la sana crítica*, de las cuales nadie dice nada concreto, para que se ayude en su labor investigativa de la verdad. Es por eso que debe decirse que en relación con el régimen valorativo y justificativo de la valoración probatoria, el silencio del legislador hace mella en el objetivo institucional de averiguar procesalmente la verdad de los hechos del litigio.

En tratándose de los medios de prueba, las conclusiones son complejas, pues deberían considerarse por separado cada uno de estos medios, lo que implicaría redundar en información ya presentada en su momento. En términos muy generales, puede decirse que cuando la parte funge como medio probatorio (declaración de parte, confesión), la disciplina jurídica respectiva falla de manera más determinante que en casos donde son los terceros o las cosas las que cumplen funciones probatorias. No se dice que el interrogatorio de parte y la confesión sean inidóneos y los demás medios de prueba sean idóneos para la determinación de la verdad; lo que se dice es que son más notables las falencias en tratándose de los medios probatorios personales de parte que en los otros medios de prueba.

En lo que respecta a los medios probatorios personales de tercero, comentario aparte merece la regulación del testimonio de oídas, cuya eficacia es reconocida expresamente por el legislador probatorio, pero que la jurisprudencia se ha encargado de morigerarla. Se ha concluido que esta clase de prueba sólo tiene peso probatorio cuando viene acompañada de otras pruebas que la sustenten. Sólo prueba un hecho si hay pruebas que sirvan para inferir la misma conclusión que se infiere de la prueba de referencia. Esto supone una eliminación —o por lo menos una reducción considerable— del poder probatorio del testimonio de oídas reconocido por el legislador. Se considera que esta postura de la jurisprudencia es prudente y colabora con el objetivo de averiguar la verdad, pues obliga a los jueces a servirse de un mayor número de elementos probatorios para poder arribar a una conclusión.

En lo que respecta al dictamen pericial, se insiste en expresar el peligro denunciado en su momento: en Colombia se viene entronizando la figura del *perito testigo*, del *perito parcial*, esto es: del perito que, en virtud de negociación realizada con una de las partes, formula un dictamen por cuenta de ésta. Esta particular concepción del perito, rompe la relación de imparcialidad que a la luz del Código de Procedimiento Civil ha de existir entre el perito y los elementos del litigio, lo que puede implicar un peligro para la consecución de la verdad.

Finalmente respecto de los medios de prueba, debe decirse que institutos como la comisión, la práctica de pruebas anticipadas y el traslado de prueba de un proceso a otro, si bien suponen un relajamiento en el vigor del principio de la inmediación probatoria, los beneficios que los mismos reportan al derecho a la prueba, justifican que la inmediación sea

desconocida un poco. Como se vio en su momento, tales institutos facilitan el recaudo y/o la producción de la prueba, redundándose favorablemente en la actividad investigativa de la verdad, pues la verdad que es alcanzable en el proceso es necesariamente una verdad basada en pruebas. Por este motivo, se considera que las herramientas en mención son idóneas para el establecimiento de la verdad (pero sin dejar de advertir que sobre los medios preconstituidos, trasladados o constituidos por comisión, caben las mismas críticas presentados en los supuestos en los que se constituyen en el interior de un proceso determinado).

En fin: es claro que los medios probatorios contemplados por la ley procesal civil están minados de falencias, de direccionamientos equivocados, de tendencias peligrosas para la verdad que es posible alcanzar en el proceso jurisdiccional. Y aunque también es posible señalar varios aciertos legislativos en su pretensión de permitir que la verdad florezca en el proceso, el balance es negativo.

Por tanto, es imposible dar una respuesta llana y definitiva al interrogante planteado al inicio de esta investigación. Empero, sí es posible decir que el ordenamiento jurídico probatorio civil colombiano *tiende* a entorpecer la búsqueda de la verdad, siendo más un óbice que una herramienta para tal efecto. No es un diagnóstico muy alentador, si lo que se quiere es establecer la verdad de los hechos en los procesos.

8. Recomendaciones.

Hecha la diagnosis, procede ahora la prognosis. ¿Qué hacer con un ordenamiento probatorio que, debiendo ser idóneo —pues la determinación de la verdad es condición para una decisión jurisdiccional correcta— es tendencialmente inconducente para la determinación de la verdad en el proceso jurisdiccional? Este investigador se permite hacer las siguientes recomendaciones:

A *nivel legislativo*, son necesarias algunas reformas, principalmente en lo que respecta al régimen de sanciones en el proceso jurisdiccional para las partes que no cumplan con requerimientos judiciales. Si bien es totalmente legítimo sancionar a las partes incumplidas, estas sanciones no pueden implicar una lesión para la verdad. Son muchas las formas de sanción que pueden implementarse sin vulnerar este valor, siendo un ejemplo paradigmático la *sanción pecuniaria*.

Por otro lado, es necesario que el legislador se pregunte por los parámetros mínimos que espera que tenga una resolución judicial en lo que respecta a la valoración de la prueba. Una vez definidos esos parámetros, deberá plasmarlos en la ley. Reutilizando la terminología del Código de Procedimiento Civil: es necesario que el legislador delimite el espectro de las *reglas de la sana crítica*, establezca las condiciones que ha de cumplir un determinado saber para poder ser utilizado por el juez como base para la valoración de la prueba.

Finalmente, es necesario que se explicita en un texto legislativo la finalidad perseguida por la prueba civil. En este trabajo se ha intentado demostrar que por la forma de Estado escogida por el constituyente, el fin de la prueba debe ser necesariamente el establecimiento de la verdad. Pero para evitar discusiones bizantinas y confusiones en la práctica forense, mejor sería que el legislador estatuyera la verdad como fin de toda actividad probatoria.

Sin embargo, este trabajo nunca ha querido transformar la legislación. Sólo se quiso verificar si el ordenamiento probatorio contaba o no con ciertos atributos que lo hicieren idóneo para el establecimiento de la verdad. Tal verificación se hizo con instrumentos netamente conceptuales, pues ésta fue ante todo una investigación teórica. Es a *nivel teórico* donde este trabajo tiene resonancia y, por lo mismo, es en este contexto donde van dirigidas la mayoría de las recomendaciones.

En primer lugar, la academia colombiana debe comenzar a preguntarse por la verdad en el proceso y las condiciones para alcanzarla. Las garantías de la verdad propuestas en este trabajo son tan sólo un esbozo de lo que puede producir la dogmática jurídica, siendo menester que en el ámbito nacional comience a discutirse al respecto. Nótese que la mayoría de la doctrina citada en esta investigación es extranjera, lo que no se debe a un prurito de extranjerismo por parte del autor ni, mucho menos, a su esnobismo. Lo que sucede es que son muy pocos los elementos conceptuales producidos por la doctrina nacional a este respecto.

En segundo lugar, es necesario realizar investigaciones análogas a la presente en relación con específicos medios de prueba. En este trabajo se analizó, en términos muy generales, la totalidad del ordenamiento jurídico probatorio, llegando a algunas conclusiones respecto de cada uno de los

medios probatorios. Pero se considera que es mucho lo que aún resta por decir, pues ha sido imposible ocuparse de todos los problemas que genera cada medio de prueba en relación con la verdad. Es necesario que se investigue los tratamientos jurisprudenciales que han experimentado estos medios, identificando los vínculos existentes entre estos tratamientos y el objetivo de establecer la verdad. Es más: es necesario que se estudie la inclinación de los jueces colombianos hacia la búsqueda de la verdad, definiendo cuál o cuáles son las concepciones judiciales sobre la verdad y el papel que presta la judicatura al respecto. Para tal efecto son requeridos sendos estudios jurisprudenciales, tanto ocupados de las providencias de las llamadas *Altas Cortes*, como concentrados en los desarrollos jurisprudenciales de tribunales y juzgados de inferior jerarquía.

Igualmente, sería conveniente verificar si en el proceso arbitral tiene alguna cabida las ideas sobre la prueba y la verdad presentadas. El arbitramento es otra forma de procesar litigios, dentro del cual también se aplica el Derecho Objetivo. La aplicación correcta del Derecho —y si se quiere, la aplicación *justa* del mismo— depende de la verificación de los hechos del litigio. Menester es preguntarse si el proceso arbitral cuenta con las herramientas jurídicas necesarias para el establecimiento de la verdad.

En tercer lugar, debe repararse en lo necesario que resulta que la doctrina nacional defina, en relación con la verdad y la actividad probatoria, aquellos conceptos, aquellas ideas, aquellas áreas del conocimiento que deben ser transmitidas a los estudiantes de Derecho y, cómo no, a los jueces, que deben permanecer en perpetua formación. Al respecto, se traen las palabras de Jerome Michael, citadas por William Twining:

(...) since legal controversy is conducted by means of words, you need some knowledge about the use of words and symbols, that is, some grammatical knowledge. Since issues of fact are constituted of contradictory propositions, are formed by the assertion and denial of propositions, and are tried by the proof or disproof of propositions, you need some knowledge of the nature of propositions and of the relationships which can obtain among them, and of the character of issues of fact and of proof and disproof, that is, some logical knowledge. Since the proposition which are material to legal controversy can never be proved to be true or false but only to be probable to some degree and since issues of fact are resolved by the calculation of the relative probabilities of the contradictory propositions of which they are composed, you need some knowledge of the distinction between truth or falsity and probability and of the logic of probability. Since propositions are actual or potential knowledge, since proof or disproof is an affair of knowledge, since, if they are truthful, the parties to legal controversy assert, and witnesses report, their

knowledge, and since knowledge is of a various sorts, you need some knowledge about knowledge, such, for instance, as knowledge of the distinction between direct or perceptual and indirect or inferential knowledge. Since there are intrinsic and essential differences between law and fact, between propositions about matters of fact and statements about matters of law, and between issues of fact and issues of law and the ways in which they are respectively tried and resolved, you need some knowledge about these matters. Since litigants and all those who participate in the conduct and resolution of their controversies are men and since many of the procedural roles are based upon presuppositions about human nature and behavior, you need some psychological knowledge. Finally, of course, you need such knowledge as is necessary to enable you to understand the tangential ends which are served by procedural law and to criticize the rules which are designed to serve them¹.

Esta larga cita se centra en los conocimientos necesarios de un abogado que pretenda participar en el proceso. Como se observa, son varias las disciplinas en las que se debe formar los abogados (entre quienes se encuentra el protagonista principal del proceso: el juez), para ser capaces de comprender cabalmente lo que sucede en el proceso y actuar en él de manera correcta. Sin embargo, son pocas las oportunidades que existen en la cátedra universitaria para acercar al estudiantado al complejo problema de los hechos en el proceso y de la verificación de la verdad de las aserciones relativas a los mismos. Esta investigación quiere incitar mayores preocupaciones y discusiones al respecto.

Estas consideraciones se enlazan con la recomendación hecha en el sentido de desarrollar, vía legislativa, un sistema de parámetros de valoración de la prueba. Es necesario enseñar a valorar la prueba, de manera que sea útil la consignación de derroteros legislativos a este respecto. Nada se hace si el legislador exhorta a los jueces a servirse de construcciones epistémicas específicas, si éstos desconocen por completo tales construcciones y no han sido entrenados para conocerlos y comprenderlos. Pero sólo se puede esperar que el legislador y los jueces tengan idea de los discursos epistemológicos referidos a la valoración de la prueba, si los académicos colombianos comienzan a producirlos.

¹ MICHAEL, Jerome, citado por: TWINING, William. "Taking facts seriously", en: *Rethinking evidence. Exploratory Essays*. Second Edition. Cambridge University Press, 2006, pp. 16 - 17.

11. Bibliografía.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tercera reimpresión de la primera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

------. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo II. Reimpresión de la primera edición. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores, 1982.

AFTALIÓN, Enrique E.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. *Introducción al Derecho*. Cuarta edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Primera Parte. Reimpresión de la primera edición. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004.

------. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Tercera Parte. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2008.

------. *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2010.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Los “hechos” en la sentencia penal*. México: 2005, Fontamara.

ARIAS VALENCIA, María Mercedes, Triangulación metódica: sus principios, alcances y limitaciones, (en línea), 2009, Disponible en internet: <http://www.robertexto.com/archivo9/triangul.htm#Cuatro>.

ARAZI, Roland. *Derecho Procesal Civil y Comercial*. Tomo I. Segunda edición. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2004.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Tomo I. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2000.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *De la prueba judicial. Aspectos generales*. Medellín: Universidad de Antioquia, 1974.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Segunda edición. Bogotá: Temis.

CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*. Segunda edición. Madrid: Trotta, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídica Europa-América S.A., 1972.

CARBONELL, Miguel (coordinador). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Volúmenes I y II. Buenos Aires: EJE, 1950.

----- . *Estudios de Derecho Procesal*. Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.

----- . *Derecho y Proceso*. Buenos Aires: EJE, 1971.

----- . *Principios del Proceso Penal*. Buenos Aires: EJE, 1971.

----- . *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomos I, II y III. Primera reimpresión de la primera edición. Buenos Aires: UTHEA, 1993.

----- . *La Prueba Civil*. Segunda edición. Buenos Aires: Depalma, 2000.

----- . *Cómo se Hace un proceso*. Cuarta impresión de la segunda edición. Bogotá: Temis, 2004.

CHIOVENDA, José. *Principio de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Madrid: Reus S.A., 2000.

CEPEDA, MANUEL JOSÉ. *Polémicas Constitucionales*. Primera reimpresión de la primera edición. Bogotá: Legis, 2008.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Tercera edición. Buenos Aires: Depalma, 2003.

----- . *Vocabulario Jurídico*. Tercera edición. Buenos Aires: B. de F., 2006.

DAMASKA, Mirjan; *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven and London: Yale University, 1986.

----- . *Evidence Law Adrift*, New Haven and London: Yale University Press, 1997.

DELLEPIANE, Antonio. *Nueva teoría de la prueba*. Quinta reimpresión de la novena edición. Bogotá: Temis, 2003.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Quinta edición. Bogotá: Temis, 2002.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Quinta edición. Madrid: Trotta, 2001

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 2005.

----- . *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 2004.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1999.

HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. *Poder y Constitución. El actual constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Legis, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. Quinta reimpresión de la segunda edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1980.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo III. Bogotá: Dupré Editores, 2001

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2000.

MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis, 1989.

MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Undécima edición. Madrid: Reus, 2004.

MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silva. *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*. Decimosegunda edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

----- . *Derecho Jurisdiccional II- Proceso Civil*. Decimosegunda edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Introducción a la probática*. Barcelona: Bosch, 2007.

NEUMANN, Ulfried. *La pretensión de verdad en el derecho y tres ensayos sobre Radbruch*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio*. Bogotá: Temis, 2004.

----- . *Manual de Derecho Probatorio*. Decimosexta edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, 2005.

QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio. *Teoría general del proceso*. Tercera edición. Bogotá: Temis, 2000.

RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

RECASENS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Decimoséptima edición. México: Porrúa, 2003.

SATTA, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Séptima edición (primera edición en español). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

SOTELO, Ignacio. *El Estado Social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Madrid: Trotta, 2010.

TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. Granada: Comares, 2002.

TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*. Segunda edición. Madrid: Trotta, 2005.

-----, *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Bogotá: Temis, 2006.

-----, *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

-----, *El proceso civil adversarial en la experiencia americana*. Bogotá: Temis, 2008.

-----, *Páginas sobre la justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

-----, *Simplemente la verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

THAYER, James Bradley. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. reed. Boston: Elibron Classics, 2005.

TWINING, William. "Taking facts seriously", en: *Rethinking evidence. Exploratory Essays*. Second Edition. Cambridge University Press, 2006.

VALDÉS VILLANUEVA, Luis Manuel, ed. *La búsqueda del significado*. Cuarta edición. Madrid: Tecnos, 2005.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. México D.F.: Fontamara, 2003.

12. Anexos.

Se adjuntan las fichas bibliográficas de los libros consultados.

LIBRO:

Autor: ALEXY, Robert.

Título y subtítulo: Teoría de los Derechos Fundamentales.

Edición: Tercera reimpresión de la primera edición.

Lugar de edición: Madrid.

Editorial: Centro de Estudios Constitucionales

Año de edición: 2002

Número de páginas: 607.

I.S.B.N.: 84-259-0939-2

LIBRO:

Autor: ALEXY, Robert.

Título y subtítulo: Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios.

Edición: Primera.

Lugar de edición: Bogotá.

Editorial: Universidad Externado de Colombia.

Año de edición: 2003.

Número de páginas: 152.

I.S.B.N.: 958-616-746-1

LIBRO

Autor: ALSINA, Hugo.

Título y subtítulo: Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial.

Edición: Reimpresión de la primera edición.

Lugar de edición: Buenos Aires.

Editorial: Compañía Argentina de Editores.

Año de edición: 1982

Número de páginas:

I.S.B.N.: Sin Información

LIBRO:

Autores: AFTALIÓN, Enrique; VILANOVA, José; RAFFO, Julio.

Título y subtítulo: Introducción al Derecho.

Edición: Cuarta.

Lugar de edición: Buenos Aires, Argentina.

Editorial: Abeledo Perrot.

Año de edición: 2004.

Número de páginas: 1054.

I.S.B.N.: 950-20-1596-7

LIBRO.

Autor: ALVARADO VELLOSO, Adolfo

Título y subtítulo: Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Primera Parte.

Edición: Primera (primera reimpresión)

Lugar de edición: Santa Fe – Argentina.

Editorial: Rubinzal – Culzoni Editores

Año de edición: 2004

Número de páginas: 307

I.S.B.N.: 950-9163-92-9

LIBRO:

Autor: ALVARADO VELLOSO, Adolfo

Título y subtítulo: Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Tercera Parte.

Edición: Primera

Lugar de edición: Santa Fe – Argentina.

Editorial: Rubinzal – Culzoni Editores

Año de edición: 2008.

Número de páginas: 512.

I.S.B.N.: 978-950-727-933-1

LIBRO:

Autor: ALVARADO VELLOSO, Adolfo

Título y subtítulo: La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal.

Edición: Primera

Lugar de edición: Bogotá

Editorial: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Año de edición: 2010

Número de páginas: 512.

I.S.B.N.: 978-958-738-110-8

LIBRO:

Autor: ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto.

Título y subtítulo: Los “hechos” en la sentencia penal.

Edición: segunda.

Lugar de edición: México D.F., México.

Editorial: Fontamara.

Año de edición: 2005.

Número de páginas: 226.

I.S.B.N.: 968-476-534-7

DOCUMENTO TELEMÁTICO:

Autora: ARIAS VALENCIA, María Mercedes.

Título y subtítulo: Triangulación metódica: sus principios, alcances y limitaciones (en línea)

Edición: Sin información

Lugar de edición: Medellín, Colombia.

Editorial: Sin información.

Año de edición: 2009.

Correo electrónico del autor: Sin información.

URL: <http://www.robertexto.com/archivo9/triangul.htm#Cuatro>

Fecha de consulta del documento: 19 de julio de 2010

LIBRO:

Autor: ARAZI, Roland.

Título y subtítulo: Derecho procesal Civil y Comercial. Tomo I.

Edición: Segunda.

Lugar de edición: Buenos Aires.

Editorial: Rubinzal-Culzoni

Año de edición: 2004

Número de páginas: 537.

I.S.B.N.: 950-727-555-X

LIBRO:

Autor: BENTHAM, Jeremías.

Título y subtítulo: Tratado de las pruebas judiciales. Tomo I.

Edición: Primera

Lugar de edición: Bogotá.

Editorial: Ediciones Nueva Jurídica

Año de edición: 2000.

Número de páginas: 256

I.S.B.N.: 958-96852-0-X (la obra) – 958-96852-1-8 (Tomo I).

LIBRO:

Autor: BERNAL PULIDO, Carlos.

Título y subtítulo: El Derecho de los derechos.

Edición: Primera.

Lugar de edición: Bogotá.

Editorial: Universidad Externado de Colombia.

Año de edición: 2005.

Número de páginas: 417.

I.S.B.N.: 958-616-902-2

LIBRO:

Autor: BETANCUR JARAMILLO, Carlos.

Título y subtítulo: De la prueba judicial. Aspectos generales.

Edición: Primera.

Lugar de edición: Medellín, Colombia.

Editorial: Universidad de Antioquia.

Año de edición: 1974

Número de páginas: 327.

I.S.B.N.: Sin información

LIBRO:

Autor: BOBBIO, Norberto.

Título y subtítulo: Teoría General del Derecho.

Edición: segunda.

Lugar de edición: Bogotá, Colombia.

Editorial: Temis.

Año de edición: 1999.

Número de páginas: 269.

I.S.B.N.: 84-8272-552-1

LIBRO:

Autor: CAPELLA, Juan Ramón.

Título y subtítulo: Elementos de análisis jurídico

Edición: segunda.

Lugar de edición: Madrid, España.

Editorial: Trotta.

Año de edición: 2002.

Número de páginas: 161

I.S.B.N.: 84-8164-324-6.

LIBRO:

Autor: CAPPELLETTI, Mauro.

Título y subtítulo: La oralidad y las pruebas en el proceso civil.

Edición: Primera

Lugar de edición: Buenos Aires.

Editorial: Ediciones Jurídicas Europa-America

Año de edición: 1972

Número de páginas: 482

I.S.B.N.: Sin información.

LIBRO:

Autor: CARBONELL, Miguel (Coordinador)

Título y subtítulo: El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional.

Edición: Primera

Lugar de edición: Bogotá.

Editorial: Universidad Externado de Colombia.

Año de edición: 2007.

Número de páginas: 340

I.S.B.N.: 978-958-710-287-1.

LIBRO:

Autor: CARNELUTTI, Francesco.

Título y subtítulo: Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomos I, II y III.

Edición: Primera (primera reimpresión).

Lugar de edición: Buenos Aires, Argentina.

Editorial: UTHEA

Año de edición: s/f

Año de la reimpresión: 1993

Número de páginas: 598 (Tomo I), 731 (Tomo II), 788 (Tomo III)

I.S.B.N.: Sin información.

LIBRO:

Autor: CARNELUTTI, Francesco.

Título y subtítulo: La Prueba Civil.

Edición: Segunda edición.

Lugar de edición: Buenos Aires – Argentina.

Editorial: Depalma

Año de edición: 2000.

Número de páginas: 273.

I.S.B.N.: 950-14-0020-4

LIBRO:

Autor: CARNELUTTI, Francesco

Título y subtítulo Lecciones sobre el proceso penal. Volúmenes I y II.

Edición: Primera.

Lugar de edición: Buenos Aires – Argentina

Editorial: Ediciones Jurídicas Europa-América

Año de edición: 1950

Número de páginas: 336 (Volumen I), 339 (Volumen II),

I.S.B.N.: Sin información.

LIBRO:

Autor: CARNELUTTI, Francesco

Título y subtítulo: Derecho y Proceso.

Edición: Primera.

Lugar de edición: Buenos Aires

Editorial: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Año de edición: 1971.

Número de páginas: 487.

I.S.B.N.: Sin información.

LIBRO:

Autor: CARNELUTTI, Francesco

Título y subtítulo: Principios del Proceso Penal.

Edición: Primera.

Lugar de edición: Buenos Aires

Editorial: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Año de edición: 1971.

Número de páginas: 476.

I.S.B.N.: Sin información.

LIBRO:

Autor: CARNELUTTI, Francesco.

Título y subtítulo: Cómo se hace un proceso.

Edición: Cuarta reimpresión de la segunda edición.

Lugar de edición: Bogotá.

Editorial: Temis.

Año de edición: 2004.

Número de páginas: 165.

I.S.B.N.: 958-35-0491-2

LIBRO:

Autor: CARNELUTTI, Francesco.

Título y subtítulo: Estudios de Derecho Procesal. Volumen I: Doctrinas generales.

Edición: Primera.

Lugar de edición: Buenos Aires.

Editorial: Ediciones Jurídicas Europa-América

Año de edición: 1952

Número de páginas: 673

I.S.B.N.: Sin información.

LIBRO:

Autor: CHIOVENDA, José.

Título y subtítulo: Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo II.

Edición: Primera.

Lugar de edición: Madrid

Editorial: Reus.

Año de edición: 2000.

Número de páginas: 954

I.S.B.N.: 84-290-1361-X (obra completa), 84-290-1363-6 (tomo II).

LIBRO:

Autor: CEPEDA, Manuel José.

Título y subtítulo: Polémicas Constitucionales

Edición: Primera reimpresión de la primera edición.

Lugar de edición: Bogotá.

Editorial: Legis.

Año de edición: 2008.

Número de páginas: 457

I.S.B.N.: 978-958-653-585-4

LIBRO:

Autor: COUTURE, Eduardo J.

Título y subtítulo: Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo II.

Edición: Tercera.

Lugar de edición: Buenos Aires.

Editorial: Depalma.

Año de edición: 2003.

Número de páginas: 327.

I.S.B.N.: 950-14-1911-8

LIBRO:

Autor: COUTURE, Eduardo J.

Título y subtítulo: Vocabulario Jurídico.

Edición: Tercera.

Lugar de edición: Buenos aires.

Editorial: B. de F.

Año de edición: 2006.

Número de páginas: 725.

I.S.B.N.: 9974-578-35-3

LIBRO:

Autor: DAMASKA, Mirjan. New Haven and London: Yale University, 1986;

Título y subtítulo: The Faces of Justice and State Authority.

Edición: Primera

Lugar de edición: New Haven And London

Editorial: Yale University Press

Año de edición: 1986

Número de páginas: 247

I.S.B.N.: 0-300-03567-05

LIBRO:

Autor: DAMASKA, Mirjan. New Haven and London: Yale University, 1986;

Título y subtítulo: Evidence Law Adrift

Edición: Primera

Lugar de edición: New Haven And London

Editorial: Yale University Press

Año de edición: 1997

Número de páginas: 160

I.S.B.N.: 00-300-06937-5

LIBRO:

Autor: DELLEPIANE, Antonio.

Título y subtítulo: Nueva teoría de la prueba.

Edición: Quinta reimpresión de la novena edición.

Lugar de edición: Bogotá.

Editorial: Temis.

Año de edición: 2003

Número de páginas: 161

I.S.B.N.: 958-35-0000-3

LIBRO:

Autor: DEVIS ECHANDÍA, Hernando.

Título y subtítulo: Teoría General de la Prueba Judicial.

Edición: Quinta

Lugar de edición: Bogotá, Colombia.

Editorial: Temis.

Año de edición: 2002.

Número de páginas: 738.

I.S.B.N.: 958-35-0388-6

LIBRO:

Autor: FERRAJOLI, Luigi.

Título y subtítulo: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.

Edición: Quinta

Lugar de edición: Madrid, España.

Editorial: Trotta.

Año de edición: 2001.

Número de páginas: 1019.

I.S.B.N.: 84-8164-495-1

LIBRO:

Autor: FERRER BELTRÁN, Jordi.

Título y subtítulo: Prueba y verdad en el derecho

Edición: segunda.

Lugar de edición: Madrid, España.

Editorial: Marcial Pons.

Año de edición: 2005.

Número de páginas: 111.

I.S.B.N.: 84-9768-240-8.

LIBRO:

Autor: FERRER BELTRÁN, Jordi.

Título y subtítulo: La valoración racional de la prueba

Edición: Primera

Lugar de edición: Madrid, España.

Editorial: Marcial Pons.

Año de edición: 2007.

Número de páginas: 166.

I.S.B.N.: 978-84-9768-499-6

LIBRO:

Autor: GASCÓN ABELLÁN, Marina.

Título y subtítulo: Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba.

Edición: Segunda edición.

Lugar de edición: Madrid, España.

Editorial: Marcial Pons.

Año de edición: 2004.

Número de páginas: 230.

I.S.B.N.: 84-9768-126-6

LIBRO:

Autor: GUASTINI, Riccardo.

Título y subtítulo: Distinguiendo Estudios de teoría y metateoría del derecho

Edición: Primera.

Lugar de edición: Barcelona, España.

Editorial: Gedisa.

Año de edición: 1999.

Número de páginas: 414

I.S.B.N.: 84-7432-700-8

LIBRO:

Autor: HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio.

Título y subtítulo: Poder y Constitución. El actual constitucionalismo colombiano.

Edición: Primera.

Lugar de edición: Bogotá - Colombia

Editorial: Legis

Año de edición: 2001.

Número de páginas: 434

I.S.B.N.: 958-653-297-6

LIBRO:

Autor: Kelsen, Hans.

Título y subtítulo: Teoría general del Derecho y del Estado

Edición: Segunda edición (quinta reimpresión).

Lugar de edición: México D.F., México.

Editorial: Universidad Nacional Autónoma de México

Año de edición: 1958

Año de la reimpresión: 1995.

Número de páginas: 478.

I.S.B.N.: 968-58-0541-5.

LIBRO:

Autor: Lieberman, Enrico Tullio.

Título y subtítulo: Manual de Derecho Procesal Civil.

Edición: Primera.

Lugar de edición: Buenos Aires.

Editorial: Ediciones Jurídicas Europa-América

Año de edición: 1980

Número de páginas: 725.

I.S.B.N.: Sin información.

LIBRO:

Autor: LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio.

Título y subtítulo: Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tomo III.
Edición: segunda.

Lugar de edición: Bogotá, Colombia.

Editorial: Dupré Editores.

Año de edición: 2001.

Número de páginas: 369.

I.S.B.N.: 9583 32067-6

LIBRO:

Autor: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo.

Título y subtítulo: El derecho de los jueces.

Edición: Primera.

Lugar de edición: Bogotá.

Editorial: Legis.

Año de edición: 2000.

Número de páginas: 220.

I.S.B.N.: 958-653-253-4

LIBRO:

Autor: MICHELLI, Gian Antonio.

Título y subtítulo: La carga de la prueba.

Edición: Primera.

Lugar de edición: Bogotá.

Editorial: Temis.

Año de edición: 1989.

Número de páginas: 503

I.S.B.N.: 84-8272-387-1

LIBRO

Autor: MITTERMAIER, C.J.A.

Título y subtítulo: Tratado de la prueba en materia criminal.

Edición: Undécima

Lugar de edición: Madrid, España.

Editorial: Reus

Año de edición: 2004.

Número de páginas: 503.

I.S.B.N.: 84-290-1397-0

LIBRO:

Autores: MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia.

Título y subtítulo: Derecho Jurisdiccional II- Proceso Civil.

Edición: Decimosegunda.

Lugar de edición: Valencia - España.

Editorial: Tirant Lo Blanch

Año de edición: 2003.

Número de páginas: 878

I.S.B.N.: 84-8442-869-9

LIBRO:

Autores: MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia.

Título y subtítulo: Derecho Jurisdiccional I- Parte General.

Edición: Decimosegunda.

Lugar de edición: Valencia - España.

Editorial: Tirant Lo Blanch

Año de edición: 2003.

Número de páginas: 486

I.S.B.N.: 84-8442-870-2

LIBRO:

Autor: MUÑOZ SABATÉ, Lluís.

Título y subtítulo: Introducción a la probática

Edición: Primera.

Lugar de edición: Barcelona, España.

Editorial: Bosch.

Año de edición: 2007.

Número de páginas: 151.

I.S.B.N.: 978-84-7698-788-9

LIBRO:

Autor: NEUMANN, Ulfried.

Título y subtítulo: La pretensión de verdad en el derecho y tres ensayos sobre Radbruch.

Edición: Primera.

Lugar de edición: Bogotá.

Editorial: Universidad Externado de Colombia

Año de edición: 2006

Número de páginas: 184.

I.S.B.N.: 958-616-999-5

LIBRO:

Autor: NIEVA FENOLL, Jordi.

Título y subtítulo: La valoración de la prueba.

Edición: Primera.

Lugar de edición: Madrid.

Editorial: Marcial Pons.

Año de edición: 2010.

Número de páginas: 374.

I.S.B.N.: 978-84-9768-757-7

LIBRO:

Autor: PARRA QUIJANO, Jairo.

Título y subtítulo: Manual de Derecho Probatorio

Edición: Decimosexta.

Lugar de edición: Bogotá, Colombia.

Editorial: Ediciones del Profesional Ltda.

Año de edición: 2007.

Número de páginas: 893

I.S.B.N.: 978-958-707-115-3

LIBRO:

Autor: PARRA QUIJANO, Jairo.

Título y subtítulo: Racionalidad e ideología de las pruebas de oficio.

Edición: Primera

Lugar de edición: Bogotá, Colombia.

Editorial: Temis

Año de edición: 2004.

Número de páginas: 226.

I.S.B.N.: 958-35-0478-5

LIBRO:

Autor: PRIETO SANCHÍS, Luis.

Título y subtítulo: Apuntes de teoría del Derecho

Edición: primera.

Lugar de edición: Madrid, España.

Editorial: Trotta.

Año de edición: 2005.

Número de páginas: 331.

I.S.B.N.: 84-8164-776-4

LIBRO:

Autores: QUINTERO, Beatriz; PRIETO, Eugenio

Título y subtítulo: Teoría general del proceso

Edición: Tercera-

Lugar de edición: Bogotá, Colombia.

Editorial: Temis

Año de edición: 2000.

Número de páginas: 599

I.S.B.N.: 958-35-0300-2

LIBRO:

Autor: RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María.

Título y subtítulo: La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil

Edición: primera.

Lugar de edición: Bogotá, Colombia.

Editorial: Universidad Externado de Colombia.

Año de edición: 2009.

Número de páginas: 393

I.S.B.N.: 9789587104103

LIBRO:

Autor: RECASENS SICHES, Luis.

Título y subtítulo: Tratado General de Filosofía del Derecho.

Edición: Decimoséptima.

Lugar de edición: México.

Editorial: Porrúa.

Año de edición: 2003

Número de páginas: 717.

I.S.B.N.: 970-07-4472-8.

LIBRO:

Autor: SATTA, Salvatore.

Título y subtítulo: Manual de Derecho Procesal Civil. Volumen I.

Edición: Séptima (primera edición).

Lugar de edición: Buenos - Aires.

Editorial: Ediciones Jurídicas Europa-América

Año de edición: 1971

Número de páginas: 521

I.S.B.N.: Sin información.

LIBRO:

Autor: SOTELO, Ignacio

Título y subtítulo: El Estado Social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive.

Edición: Primera

Lugar de edición: Madrid – España-

Editorial: Trotta.

Año de edición: 2010

Número de páginas: 425

I.S.B.N.: 978-84-9879-143-3

LIBRO:

Autor: TARELLO, Giovanni.

Título y subtítulo: Cultura jurídica y política del derecho

Edición: Primera

Lugar de edición: Granada, España.

Editorial: Comares.

Año de edición: 2002.

Número de páginas: 545

I.S.B.N.: 84-8444-559-3.

LIBRO:

Autor: TARUFFO, Michele

Título y subtítulo: El proceso civil adversarial en la experiencia americana

Edición: primera.

Lugar de edición: Bogotá, Colombia.

Editorial: Temis.

Año de edición: 2008.

Número de páginas: 281.

I.S.B.N.: 978-958-35-0675-8.

LIBRO:

Autor: TARUFFO, Michele.

Título y subtítulo: La prueba.

Edición: Primera

Lugar de edición: Madrid.

Editorial: Marcial Pons.

Año de edición: 2008.

Número de páginas: 324.

I.S.B.N.: 978-84-9768-616-7.

LIBRO:

Autor: TARUFFO, Michele.

Título y subtítulo: Páginas sobre la justicia civil.

Edición: primera.

Lugar de edición: Madrid, España.

Editorial: Marcial Pons.

Año de edición: 2009.

Número de páginas: 599.

I.S.B.N.: 978-84-9768-685-3

LIBRO:

Autor: TARUFFO, Michele.

Título y subtítulo: Simplemente la verdad

Edición: Primera

Lugar de edición: Madrid, España

Editorial: Marcial Pons.

Año de edición: 2010.

Número de páginas: 299.

I.S.B.N.: 978-84-9768-789-8

LIBRO:

Autor: TARUFFO, Michele.

Título y subtítulo: La prueba de los hechos

Edición: segunda edición.

Lugar de edición: Madrid, España,

Editorial: Trotta.

Año de edición: 2005.

Número de páginas: 542.

I.S.B.N.: 84-8164-534-6

LIBRO:

Autor: TARUFFO, Michele.

Título y subtítulo: Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil

Edición: Primera

Lugar de edición: Bogotá, Colombia.

Editorial: Temis.

Año de edición: 2006.

Número de páginas: 323

I.S.B.N.: 958-35-0583-8

LIBRO:

Autor: THAYER, James Bradley

Título y subtítulo: A preliminary Treatise on Evidence at the Common Law.

Edición: Primera

Lugar de edición: Boston

Editorial: Elibron Classics.

Año de edición: 2005

Número de páginas: 515

I.S.B.N.: 978-1402199240

LIBRO:

Autor: TWINING, William.

Título y subtítulo: Rethinking evidence.

Edición: Segunda.

Lugar de edición: New York

Editorial: Cambridge University Press

Año de edición: 2006.

Número de páginas: 511

I.S.B.N.: 978-0-521-67537-6

LIBRO:

Autor: VALDÉS VILLANUEVA, Luis Manuel (ed.).

Título y subtítulo: La búsqueda del significado.

Edición: Cuarta.

Lugar de edición: Madrid.

Editorial: Tecnós

Año de edición: 2005

Número de páginas: 709.

I.S.B.N.: 9788430943456,

LIBRO:

Autor: WRÓBLEWSKI, Jerzy

Título y subtítulo: Sentido y hecho en el derecho.

Edición: México D.F.

Lugar de edición: México.

Editorial: Fontamara

Año de edición: 2003.

Número de páginas: 340

I.S.B.N.: 968-476-400-6

Formulario de autorización de publicación de proyectos y tesis electrónicas:

1, Identificación de la tesis (marque con una equis donde corresponda)

Pregrado ☐ Especialización ☐ Maestría ☒ Doctorado ☐

Nombre del Alumno: Luis Felipe Vivares Porras
Dirección: Calle 10 # 42 – 45, interior 309 - Medellín
Teléfono: 2681078

Facultad: <input type="checkbox"/> Derecho <input checked="" type="checkbox"/> Ciencias Económicas y Administrativas <input type="checkbox"/> Ingenierías <input type="checkbox"/> Comunicación
Pregrado, Especialización, Maestría o Doctorado: Maestría
Programa Académico: Maestría en Derecho Procesal
Título al que opta: Magíster en Derecho Procesal
Asesoría: Orión Vargas Vélez

Título de Tesis o Proyecto de Grado: Verdad y pruebas civiles. ¿Es idóneo el ordenamiento probatorio civil colombiano para la determinación de la verdad en el proceso civil?

Temas Tesis o Proyecto de Grado: (palabras claves de 3 a 5 términos) Pruebas civiles – Verdad – Proceso Jurisdiccional
--

2. Autorización de publicación de Versión Electrónica de la Tesis o Proyecto de Grado.

Por medio de este escrito autorizo en forma gratuita y por tiempo indefinido a la Universidad de Medellín para situar en la Biblioteca Eduardo Fernández Botero un ejemplar del trabajo con el fin de ser consultado por el público.

Igualmente autorizo en forma gratuita y por tiempo indefinido a publicar en forma electrónica o divulgar por medio electrónico el texto del trabajo con el fin de ser consultado por el público en www.udem.edu.co/biblioteca.

Toda persona que consulte ya sea la Biblioteca y en medio electrónico podrá copiar apartes del texto citando siempre la fuente, es decir el título del trabajo y el autor.

Esta autorización no implica renuncia a la facultad que tengo de publicar total o parcialmente la obra.

La Universidad no será responsable de ninguna reclamación que pudiera surgir de terceros que invoquen autoría de la obra que presento.

Publicación electrónica

<input checked="" type="checkbox"/>	Si autorizo
<input type="checkbox"/>	Autorizo luego de un año
<input type="checkbox"/>	No autorizo

Firma del alumno (a):

Luis Felipe Vivares
C.C.71274420

Firma del alumno (a):

C.C

Forma de envío: El texto de la Tesis o Proyecto de Grado debe ser enviado en formato PDF o Word.doc, las imágenes que la acompañen pueden ser: gif, jpg.

x	CD-ROM	<input type="checkbox"/>	DVD
----------	---------------	--------------------------	------------